CAROLI FERDINANDI HOMMELII
I. V. ET PHILOSOPH. DOCT.
DOMINI HEREDITARII ZWEYNAVENDORFII, GROSZSCHEPAE ET QVESITZ SERENISSIMI ELECT. SAX. A CONSILIIS AVLAE ET IVSTITIAE. DECRETALIVM PROF. P. O. EPISCOPATVS MERSEBVRGENSIS CAPITVLARIS. CVRIAE SVPREMAE AVLICAE LIPS. ASSESSORIS ACADEMIAE DECEMVIRI, FACVLTATIS IVRIDICAE ORDINARII ET DECANI BAVARICAE, IABLINOVIANAE SOCIETATIS ATQVE LIBERALIVM ARTIVM, PLVRIVMQVE ALIARVM SOCII.

RHAPSODIA
QVAESTIONVM
IN FORO QVOTIDIE OBVENIENTIVM

NEQVE TAMEN

LEGIBVS DECISARVM

EDITIO QVARTA

LONGE EMENDATIOR ET NOVO VOLVMINE AVCTA.

VOLVMEN II.

BYRVTHI
PROSTAT APVD IOH. ANDR. LVBECCI HEREDES
MDCCLXXXII.

INDEX OBSERVATIONVM
QVAE
VOLVMINE II CONTINENTVR.

OBSERVATIO CCLII.

Propter Feodum consensu domini oppignoratum actio hypothecaria institui potest in foro domicilii et coram iudice territoriali.

Executionem tamen in ipsam feodi substantiam nemo decernit, nisi regiminis collegium, quod curiam clientelarem praesentat.

Immo ne quidem fructus decernit iudex allodialis.

OBSERVATIO CCLIII.

Dotalitium non cessat propter secundas nuptias.

OBSERVATIO CCLIV.

Aureum contra improbos conductores remedium.

Sequestrationis processus est summariissimus.

Non biennium requiritur, vt propter mercedem non praestitam conductor expellatur, sed sufficit si generatim bis non soluerit.

A sequestratione se liberare potest conductor, si fideiussores idoneos sistat.

Non admittenda in sequestrationis processu leuteratio.

OBSER-

OBSERVATIO CCLV.

Cur vidua geradam inuentario hereditatis maritalis inferere iubeatur?

Nemo res proprias consignare cogitur.

Aestimatio rerum consignatarum iuriiurando specificationem edentis non committenda.

Documenta etiam specificationi inferenda.

Nomina, omissa quantitate cuiusque debiti, iuranda.

OBSERVATIO CCLVI.

Pascua inficiens vel apes et gallinas veneno necans gladio feritur.

Crudelitas in bestias referenda inter crimina extraordinaria.

Punitur carcere, immo relegatione.

Secundum ius naturae hominum erga bestias aeque sancta, quam erga homines officia.

Bestias cultro anatomico dissecuisse viuas, arbitrariam poenam meretur.

De medicorum canone: Faciamus periculum in anima vili.

OBSERVATIO CCLVII.

Donationem propter nuptias morte mariti interire Carpzouius peruerse statuit.

Vidua dotalitium repudians et sua repetens, praeter dotem etiam donationem propter nuptias exigit, si talis promissa sit.

Neque tamen hanc donationem a feodali sed allodiali successore postulat.

OBSERVATIO CCLVIII.

Si apostoli non petantur appellatio deserta.

Excipe si tantum euentualiter interposita fuerit

Vt instanter, instantius et instantissime petantur, opus non est.

Omnia fatalia saluantur si judex sponte sua faciat, quod non debebat nisi rogatus.

OBSER-

OBSERVATIO CCLIX.

In variationibus et contradictionibus delinquentium atque testium non omnia nimis rigide ad viuum resecanda.

Tortura in locum Ordalium reducta.

OBSERVATIO CCLX.

Filius, si vel propriam matrem vel nouercam pulsauerit, ob id a patre exheredari nequit.

OBSERVATIO CCLXI.

Medicastris pro curatione nec sostrum nec herbarum pretium debetur.

OBSERVATIO CCLXII.

Iurisiurandi delatio super dolo aut blanditiis locum quando habeat?

Iurisiurandi delatio nimis generalis rejicitur.

Iusiurandum interdum super proposito in mente retento deferri potest.

Item in causis famosis super propria turpitudine v. c. super dolo et metu iniecto.

OBSERVATIO CCLXIII.

Transactione super debito inita, cuius nomine hypotheca cauebat, exspirat hypotheca.

OBSERVATIO CCLXIV.

Laesio minoris restitutionem petentis adesse debuit ab initio.

In contractibus initium spectandum.

OBSERVATIO CCLXV.

Domino iurisdictionis Musicam agrestem locare non licet.

OBSERVATIO CCLXVI.

Sine mariti consensu curator vxori constitui non potest, nisi aut cum eo litiget, aut ille vxorem deseruerit.

OBSERVATIO CCLXVII.

Retractum gentilitium exercet filius, licet patris heres extiterit.

OBSERVATIO CCLXVIII.

Furtum vsus non extra vsum.

Iustitiario pecunias depositas auertenti Inquisitio dictatur.

OBSERVATIO CCLXIX.

Herus in iurgio si ancillam se proripere et domo exire iubeat, haec vero id statim accipiat, finitur locatio.

An herus expellens ad praestationem victus des Kostgelds obligetur.

Nec domino probris famulos lacerare permissum.

Si mulier maritata ancillam conduxerit, aut alios contractus curae uxorum demandari solitos celebrauerit, maritus ratihabuisse putatur.

Si maritus uxorem abire in malam crucem jusserit, haec causa sufficiens non est separationis a thoro et mensa.

OBSERVATIO CCLXX.

Dicasteria Facultati Medicae acta criminalia communicant, non ad grauandum, sed liberandum reum.

Si obscurum sit secantis attestatum, potest etiam medicae Facultati declaratio committi.

OBSERVATIO CCLXXI.

Stuprata impraegnationem impune dissimulat.

OBSER-

OBSERVATIO CCLXXII.

De feodo mere hereditario variae cautiones.

OBSERVATIO CCLXXIII.

Regula generalis de renunciationibus inualidis.

Lex prohibitiua et praescriptionem et renunciationem admittit.

Consuetudo abrogat etiam legem prohibitiuam.

Inter legem iubentem et prohibentem vana et inutilis est distinctio.

OBSERVATIO CCLXXIV.

Foemina, quos sine curatore iniit contractus, seruare tenetur, si iusiurandum accesserit.

Eyd macht mündig.

Si tamen non corporaliter sed in scriptis iuratum sit, foemina et minor restituuntur, ex doctorum sententia non nostra.

OBSERVATIO CCLXXV.

Factum conductoris locatori vtique nocet, nec in praescriptione tempora locationis subducuntur.

Colonus ob negatas operas contra subditos agens, satis ad causam est legitimatus nec opus habet mandato.

Conductores possessorium summariissimum instituunt contra locatores.

Immo precarius possessor contra concedentem.

OBSERVATIO CCLXXVI.

Epilepticus vix torqueri potest et rarius fustigatur.

A capitali poena autem ille morbus vix liberat.

OBSER-

OBSERVATIO CCLXXVII.

Replica quando libello inferenda.

Exceptio praefcriptionis non eft ex officio attendenda.

OBSERVATIO CCLXXVIII.

Vxor fundum dotalem alienatum eo viuo fruftra vindicat, quia dominium eius naturale dormit.

Mariti facta funt vxoris facta, nec retractare haec poteft, fi quid ille in administratione mobilium non fatis circumfpecte geffit.

Etiam immobilia bona confentiente vxore valide alienat.

OBSERVATIO CCLXXIX.

Ad denunciandum nemo eft obligatus, nifi Fifcalis aut quorum ad officium pertinet.

Dominus quantitatem rei furto ablatae vt iurato afferat, cogi non debet.

OBSERVATIO CCLXXX.

Quaeftio fere inextricabilis: de coherede factum defuncti contra coheredem impugnante.

OBSERVATIO CCLXXXI.

In criminibus fpectamus leges loci vbi delictum commiffum, fi iftae mitiores fint; contra autem fi fint duriores, fpectamus iura loci vbi accufatur.

De deditione delinquentium.

OBSERVATIO CCLXXXII.

Quot columbas ruftici alere poffint?

Quae in fenfu iuris Huba fit? quid Iugerum?

Pretium juridicum eines Akers eft 50. Thalerorum, Hubae 1200. thalerorum.

Poena columbas necantium aut capientium.

OBSER-

OBSERVATIO CCLXXXIII.

Non omni furioſo curator dandus.

Propter imbecillitatem intellectus nullum vnquam vidi teſtamentum infirmari.

OBSERVATIO CCLXXXIV.

Iniuria non eſt ſi honoratiori obuius, contemtus cauſa, caput non aperias.

OBSERVATIO CCLXXXV.

De vno homine plures ſuſtinente perſonas.

Aſſeſſor duorum collegiorum quomodo ſe gerere debeat, ſi inter ſe haec collegia diſſideant.

Principis regiminis collegium non poteſt praeiudicare eius camerae.

Vaſalli duorum principum bello inter hos coorto, adhaereant ei quaſi iuſto.

OBSERVATIO CCLXXXVI.

An membrum vniuerſitatis cum vniuerſitate litigans ad ſumtus litis contribuendos cogatur?

OBSERVATIO CCLXXXVII.

Nunquam tortura, ne minima quidem decernenda, niſi ſententionantes ſine vlla haeſitatione iurare poſſint, ſe delictum vere commiſſum credere.

Tortura beneficium eſt.

OBSERVATIO CCLXXXVIII.

Etiam qui ſe in ſolidum obligarunt, gaudent beneficio diuiſionis.

Obligatio als Selbſtſchuldner non inuoluit renunciationem beneficii excuſſionis.

OBSERVATIO CCLXXXIX.

Qui incertum confitetur, cogi poteſt, vt certum fateatur.

OBSERVATIO CCXC.

Dos a patre obaerato filiae promissa quando ex concursu peti possit?

OBSERVATIO CCXCI.

Antiqua scriptura quodammodo vitiosa fidem meretur, nisi falsi probabiles notae adsint.

In antiquis etiam copiae vidimatae recognoscendae.

OBSERVATIO CCXCII.

Contra documenta nouiter reperta noua Reprobatio admittitur.

OBSERVATIO CCXCIII.

Prolongatio cambii subscriptionem debitoris requirit.

OBSERVATIO CCXCIV.

Generalia de Pertinentiis et fundorum, aliarumque rerum accessionibus.

OBSERVATIO CCXCV.

Exceptio enati concursus nec litis est ingressum impediens, nec sententiam definitiuam remoratur:

Moto concursu actiones particulares cessare, omnesque creditores ad forum vniuersale remittendos esse, non omnino verum.

A tempore, quo magistratus debitori bonis interdixit, appellatur ein Credit Wesen, a tempore affixarum edictalium immo iam post cessionem bonorum dicitur ein Concurs.

Si ne bonis quidem interdixerit iudex, at qui adeo sit obaeratus, vt omnes conturbationem praevideant, concursus appellari potest materialis, quia formalis demum post cessionem bonorum solenniter factam atque secutas edictales incipit.

OBSERVATIO CCXCVI.

Qui scalam adscendenti furi tenuit, Germaniae moribus non putatur esse furti socius.

Stans

Stans ante ostium in via publica et deiectam fenestra suppellectilem auferens non est furti socius, sed merus auxiliator.

Qui amicitiae non lucri causa furem occultat, furti nec socius, nec auxiliator.

OBSERVATIO CCXCVII.

Filius furiosus potest exheres scribi ob verbera patri ante furorem illata.

Dementes ne quidem tempore dilucidi interualli tormentis subiiciuntur.

OBSERVATIO CCXCVIII.

Ob metum periurii probabilem iurisiurandi delatio acceptata reuocari nequit.

OBSERVATIO CCXCIX.

Qui debitoris negotia in soluendis tributis gessit, in priuilegium fisci subintrat, quamuis iura a fisco cessa non habeat.

OBSERVATIO CCC.

De pertinentiis feodalibus.

OBSERVATIO CCCI.

De ambitu praediorum ad viam proxime adiacente Vorhäupkern;

De Impluuio; dem Traufrechte;

De limitibus agrorum, Reinen,

De Compluuiis Schlippen,

Cui solarium debeatur ex taberna aedibus iuncta, von Buden Zinse, Standgelde.

De sepimentis in confinio positis Planken und Zäunen.

OBSERVATIO CCCII.

Tutor facto proprio contrauenire nunquam potest.

Cessionarius non semper vtitur persona cedentis, sed interdum sua.

OBSERVATIO CCCIII.

Litterae inueſtiturarum ius faciunt inter vaſallum et dominum, ſed contra tertium nihil probant. Simile dicendum de ſcripturis emtionis et venditionis, et eccleſiarum matriculis.

Interdum tamen purgatorio immo et ſuppletorio locum faciunt.

OBSERVATIO CCCIV.

Etiam tutor, qui pupilli futurus heres eſt, rationes reddere debet.

OBSERVATIO CCCV.

Milites actione reali in loco rei ſitae recte conueniuntur.

OBSERVATIO CCCVI.

Interuſurii computandi ratio Carpzouiana euiluit.

OBSERVATIO CCCVII.

Si quis in variis monetae generibus mutuum acceperit, non expreſſa cuiusque quantitate.

OBSERVATIO CCCVIII.

Onanitica impuritas 14 dierum aut quod ſummum, quatuor ſeptimanarum carcere coercenda.

Si quis alteri ſemen elicuerit, et ab hoc idem paſſus ſit, quoniam impuritas haec maior, ad ſex aut octo ſeptimanarum carceres adſcendatur.

OBSERVATIO CCCIX.

De Meliorationibus feodi.

OBSERVATIO CCCX.

De Feodi Deteriorationibus.

OBSERVATIO CCCXI.

De Gerada ſingularia quaedam.

OBSER-

OBSERVATIO CCCXII.

Regula: Omnes ſimultanee inueſtitos ſimul ſuccedere, interdum fallit.

OBSERVATIO CCCXIII.

De Morgengaba.

OBSERVATIO CCCXIV.

De Commeſtibilibus, Mußtheile.

OBSERVATIO CCCXV.

Petitorio inſtituto interdum ſuper poſſeſſione pronunciare permiſſum.

OBSERVATIO CCCXVI.

Ob noua indicia rariſſime tortura repetenda.

OBSERVATIO CCCXVII.

Collegia opificum aliaque reſtituuntur in integrum.

OBSERVATIO CCCXVIII.

Obſeruantiae Dicaſteriorum quantum fieri poteſt, cuſtodiendae.

OBSERVATIO CCCXIX.

Laudemium etiam id, quod in caſum mortis ſoluitur, non ſecundum vetus, quo anteceſſor emit, ſed verum fundi pretium aeſtimandum.

Quid ſi fundo vendito contrahentes in fraudem domini minus pretium ſimulent, quomodo taxatio ſit inſtituenda?

Deducendum inuentarii pretium.

Iure Electorali in permutatione ceſſat per Conſt. ined. r. adde Carpzouii Conſtit. 39. P. 2. Defin. 15.

Etiam liberi a patre ementes laudemium ſoluunt veri pretii, quoniam etiam in Donatione laudemium habetur.

OBSERVATIO CCCXX.

Pacta ſucceſſoria, quod perſonam tertiam in iis nominatam attinet, mutari poſſunt, etiam inuito altero conjuge.

Pacta dotalia iudiciali confirmatione non indigent.

Sola ſubſcriptio acceptationem non inuoluit.

Si in pacto ſucceſſorio ſtipulator ante promittentem moriatur, tamen heredes ſuccedunt.

Clauſula derogatoria in pacto ſucceſſorio immutabilis.

Remedium ex L. fin. C. de edict. diu. Hadr. toll. ſtipulatori competit.

Pactum renunciatiuum in ſe tacitam continet clauſulam, ſi ei, in cuius fauorem renunciatum eſt, deferatur hereditas.

Si iuratum ſit, renunciatio propter laeſionem enormiſſimam non reſcinditur, ſi non iuratum ſit, reſcinditur. Conſt. Elect. 35. P. 2.

OBSERVATIO CCCXXI.

Qui alienas litteras aperit, etiam ſi nullum damnum ex eo emerſerit, tamen ſex ſeptimanarum carcere puniendus.

Eadem poena, ſi quis obſignationem iudicialem reuellit.

Aure ad parietem admota, quae in conclaui alieno geruntur, furtim explorantes carcere ſex dierum digni.

OBSERVATIO CCCXXII.

Fiſcus reſtituitur in integrum.

OBSERVATIO CCCXXIII.

Etiam extra Saxoniam contra matrimonium admittimus iuriſiurandi delationem.

OBSERVATIO CCCXXIV.

Vniuerſitatibus et eccleſiis quadriennium reſtitutionis ſtatim currit a tempore contractus, aut ad ſummum a die, quo laeſionem reſciuerunt, niſi adſit ſupina negligentia vt facile ſcire potuerint, aut praeſcriptio iam completa ſit.

OBSERVATIO CCCXXV.

Exheredatio liberorum, ob sponsalia sine parentum consensu inita, mox totalis, mox tantum vsque ad dimidium legitimae.

OBSERVATIO CCCXXVI.

Si in pacto retrouenditionis nihil de pretio dictum, praesens aestimatio spectanda.

OBSERVATIO CCCXXVII.

An cui bona generali hypotheca oppignorata sunt, persecutionem habeat rerum Singularium alii venditarum?

Specialis hypotheca posterior non vincit generalem anteriorem.

OBSERVATIO CCCXXVIII.

Periculum dotis in nominibus consistentis, an ad vxorem pertineat?

OBSERVATIO CCCXXIX.

Neque a venditione neque a locatione arrhae dispendium liberat.

OBSERVATIO CCCXXX.

Specimen Iurisprudentiae legislatoriae.

De poenarum capitalium crudelitate et vanitate.

Stupra in foeminis non punienda.

Poena carceris et exilii rei publicae est damnosa.

OBSERVATIO CCCXXXI.

Steuergeld non illud est, quod in Steura accipitur, sed quod secundum normam, quam pedem Lipsiensem vocant, excusa est.

OBSERVATIO CCCXXXII.

Ob cimices conductum conclaue deseri potest.

Famulis aegrotantibus victus et merces debetur.

OBSERVATIO CCCXXXIII.

Witben Pelz. Viduae illata repetenti vestes tamen lugubres debentur

OBSERVATIO CCCXXXIV.

Exoneratio Conscientiae in causis minutis non obtinet.

OBSERVATIO CCCXXXV.

Tutori transigere et compromittere licet.

Tutor super processu transigens non opus habet decreto, si tamen tale vltro petat non iudex processus sed iudex domicilii aut rei sitae dabit.

OBSERVATIO CCCXXXVI.

Socii tabernae etiam vltra sortem societati illatam, creditoribus tenentur in solidum.

Si tamen non societatis nomine sed suo proprio contraxerint, alter socius haud tenetur.

OBSERVATIO CCCXXXVII.

Ciues noui an teneantur soluere debita ab antecessoribus contracta?

Si quis recedit ab uniuersitate desinit aliquid ad soluenda debita contribuere.

OBSERVATIO CCCXXXVIII.

Eunuchi matrimonium.

OBSERVATIO CCCXXXIX.

Per subhastationem in concursu creditorum factam hypotheca simultanea inuestitura, retractus extinguuntur, non autem onera, nec seruitutes.

OBSERVATIO CCCXL.

Ab appellatione argumentum ad Leuterationem ducitur.

OBSERVATIO CCCXLI.

Processus executiuus ex litteris inuestiturae institui non potest.

Litterae

Litterae inueſtiturae recentiores non raro derogant primis.

Caueant ſibi vaſalli et ruſtici ne litteras inueſtiturarum haud perlectas retineant.

OBSERVATIO CCCXLII.

Ius diuinum gradus non computat.

OBSERVATIO CCCXLIII.

Reſciſſo ob praeteritionem liberorum teſtamento legata tamen manent.

OBSERVATIO CCCXLIV.

Fidei commiſſum etiam verbis imperatiuis relinqui poteſt.

OBSERVATIO CCCXLV.

De Aduocatorum prolixitate.

OBSERVATIO CCCXLVI.

Cautela de conſuetudine probanda.

OBSERVATIO CCCXLVII.

Emtor aedium priuatim traditarum licet reſignatio iudicialis non acceſſerit, tamen iure vindicationis eas in concurſu petit.

OBSERVATIO CCCXLVIII.

Domino emphyteuticario promiſſum ante ducentos annos canonem in moneta veteri ad legem imperii excuſa, exigere non licet, nec principi in tali moneta ſecura ſunt pacto promiſſas publicas contributiones.

OBSERVATIO CCCXLIX.

Veneficii attentati poena.

OBSERVATIO CCCL.

Iudaeus ad ſuppletorium admittitur et ad Purgatorium in lite cum Chriſtiano.

OBSERVATIO CCCLI.

Subtractio ferarum furtum non est.

OBSERVATIO CCCLII.

Testamentum rusticum tunc demum priuilegiatum, si heres probauerit, plures quam quinque testes haberi non potuisse.

OBSERVATIO CCCLIII.

Si nobilis deposita iudicialia in suos vsus conuerterit, atque bonis cedat.

OBSERVATIO CCCLIV.

In dispositione parentum inter liberos nulla opus est heredis institutione.

Vt dies et consul adscribatur et vnciae litteris exprimantur hodie non requiritur.

OBSERVATIO CCCLV.

Discrimen obseruantiae et consuetudinis.

OBSERVATIO CCCLVI.

Vocabulum Dienstzwang est ambiguae significationis, mox enim indistinctam coactionem denotat, mox vero tantum protimisin, si liberi velint se aliis locare.

Vtrumque simul exerceri nequit.

Si liberi se locauerint patri vel matri, domino nullum ius protimiseos competit. Neque tamen parentum nomine, si mater mortua, vitricus continetur.

Rusticorum liberi, oppidanas artes ruri exercentes cogi possunt, vt aut ad rusticum vitae genus redeant, aut biennium seruiant, aut menstruum censum vnius floreni soluant. Itaque si non oppidanas artes exerceant, sed patri adsistant in opere rustico, etsi decem liberos rusticos habeat, in nullum eorum domino coactio competit.

Liberi, se in vrbem conferentes opificii discendi causa debent prius seruiisse.

Elapſo ſeruili biennio omnimodam libertatem conſequuntur, vt nullo vnquam praetextu dominus eos denuo cogere poſſit.

Imbecilles aut perpetuo morbo lobarantes cogi nequeunt.

Liberi qui non amplius in patria poteſtate, ſed ſui iuris ſunt, v. c. ſi matrimonium inierint, non tenentur ſeruitia offerre domino.

Cogi non poſſunt, vt in praediis ruſticis nouiter a nobili coemtis operas pro mercede locent.

A iure hoc ſeruitiorum bannario etiam immunes Auszügleri;

Nec cogi poſſunt Inquilini die Hausgenoſſen, ſi hos exceperis, qui ſeruiendo victum quaerunt.

Ius cogendi competit ei qui inferiorem iurisdictionem habet.

Patre mortuo, licet eius liberi minorennes praedium non adminiſtrent, ſed ſe in ſeruitia aliis conferant, tamen non ſubſunt coactioni.

De caetero autem filius vel filia ſubditi non debent extraneis operas locare, antequam iurisdictionis domino tres menſes antea ſe obtulerint.

Is ſi intra quatuordecim dies animum declarauerit, tenetur per biennium ſeruire pro mercede legali.

Etiam ſi filius vel filia non perpetua ſed temporaria ſeruitia v. c. meſſium tempore aut triturae, locare velint, domini praerogatiuam habent.

Si intra biennium ſeruile, parentes ipſi ſuis liberis indigere incipiant, et hoc per iudiciales perſonas commonſtrent, aut ſi matrimonium incidat, alio famulo in locum ſui ſubſtituto, eos dominus dimittat.

Dominus domicilii parentum praefertur domino originis.

Si filius nondum praeſtitis biennalibus ſeruitiis migrauerit et alio in loco praedium conduxerit, deinde vero bonis lapſus ſeruire cogatur, praefertur eius praeſenti domicilio, dominus domicilii parentum.

OBSERVATIO CCCLVII.

Lex non tollit ſtatutum aut priuilegium anterius.

OBSERVATIO CCCLVIII.

A Subhastationibus necessariis non per omnia argumentatio ad voluntarias valet.

OBSERVATIO CCCLIX.

Ob stuprum nemo ex collegio Senatus mouendus.

Vidua opificis stuprum passa non amittit ius opificium exercendi, nisi id collegii statuta disserte iubeant.

OBSERVATIO CCCLX.

Commercia libera sunto.

OBSERVATIO CCCLXI.

Dotalia praesumuntur omnia, quae tempore contractarum nuptiarum mulier in bonis habuit.

Iure Saxonico et paraphernalia per adulterium amittuntur.

OBSERVATIO CCCLXII.

Donationes parentum et conferuntur et non conferuntur.

Soli heredes conferunt.

Donationes non imputantur legitimae.

OBSERVATIO CCCLXIII.

Articulans fatetur immo et excipiens.

OBSERVATIO CCCLXIV.

Attestata ecclesiastica, steuralia aliaque, quae intuitu officii a quopiam scribuntur, publica putantur, adeoque sine recognitione probant.

OBSERVATIO CCCLXV.

De significatione verbi Erbegelder.

Viduus succedit in pretium ex fundo dotali vendito residuum, non autem ex residuo, quod vxori ex parentum praedio debetur.

OBSERVATIO CCCLXVI.

Difficilis conditio impossibili aequiparatur in contractibus, et pro non scripta habetur in vltimis voluntatibus.

OBSERVATIO CCCLXVII.

Tempus longum est decem annorum.

OBSERVATIO CCCLXVIII.

Executores testamenti ad subeundum munus cogi nequeunt.

OBSERVATIO CCCLXIX.

Condictio indebiti aduersus tertium possessorem competit.

Si de tua pecunia soluam meo creditori tibi aduersus hunc condictio indebiti non competit.

OBSERVAVIO CCCLXX.

Generalia de rebus expeditoriis.

De Heergewetta singulari militum.

OBSERVATIO CCLXXI.

De portione statutaria.

OBSERVATIO CCCLXXII.

De computanda legitima in feodis nouiter adquisitis.

OBSERVAVIO CCCLXXIII.

Si pater vel mater legitimos liberos in portione legitima instituat, licere ei omne reliquum patrimonium illegitimis aut concubinae legare.

OBSERVATIO CCCLXXIV.

Heres meus Titiae centum soluat, si ad annum aetatis XVI. perueniet. Hoc legatum conditionem, non diem inuoluit, vnde mortua ante annum XVI. legataria, eius legitimis heredibus nihil debetur.

OBSERVATIO CCCLXXV.

In actionibus personalibus reo alibi habitanti citatio in fundum allodialem insinuari nequit.

OBSERVATIO CCCLXXVI.

Exceptio aditae cum inuentarii beneficio hereditatis non impedit executionem nec litis ingressum.

OBSERVATIO CCCLXXVII.

Locator praedii nobilis non tenetur ad euictionem, si rustici operas debitas conductori denegent.

In vniuersitate rerum locata conductor rerum singularium fit dominus.

OBSERVATIO CCCLXXVIII.

Et Compensatio et Retentio locum habet in Concursu.

Vnica est iure electorali exceptio, ne creditor rem vnum ob debitum oppignoratam retineat, vsque dum ipsi alterius cuiusdam debiti nomine satisfactum.

Actiones liquidare nostras cogimur in Concursu, non Exceptiones.

OBSERVATIO CCCLXXIX.

Si quis Leuterationi, Appellationi et omnibus remediis iuris renunciauerit, sibi praeiudicat.

OBSERVATIO CCCLXXX.

Volo vt hoc meum testamentum quomodocunque valeat, idem est, quam si clausula codicillaris adiecta esset.

OBSERVATIO CCCLXXXI.

Possum tibi iusiurandum deferre, etiamsi instrumentum extraiudiciale habeas, id ipsum de quo iurare debes, demonstrans.

Excipiendae tamen ab hac regula apochae, poſt triginta dies elapſos vbi iurisiurandi delatio ceſſat.

OBSERVATIO CCCLXXXII.

Error in nomine teſtium aut ſigno documenti admiſſus emendari poteſt.

OBSERVATIO CCCLXXXIII.

Si auctor rixae occiſus.

Quisnam auctor rixae ſit, non tam certa regula, quam iudex vt plurimum aeſtumat.

Auctorem rixae vulnerans non quidem in pretium doloris attamen in ſumtus curationis condemnatur.

OBSERVATIO CCCLXXXIV.

Odium in fauorem redundare non debet.

OBSERVATIO CCCLXXXV.

Si in vniuerſitatis mutuo non ſyndicus, ſed ſinguli chirographum ſubſcripſerint.

Contra vniuerſitatem executiue difficillime agitur.

OBSERVATIO CCCLXXXVI.

Turpe iudici impunitatem delinquenti promittere, quam dare nolit, vel non poſſit.

OBSERVATIO CCCLXXXVII.

Transactionem impugnans prius datum vel acceptum reſtituere cogitur.

OBSERVATIO CCCLXXXVIII.

Veritatis exceptio rarius liberat a poena iniuriantem.

OBSERVATIO CCCXXXIX.

Si parentes ob iniuriam ſibi illatam liberos exheredes ſcripſerint, iniuria remiſſa non cenſetur, niſi mutato teſtamento.

OBSER-

OBSERVATIO CCCXC.

In processu executiuo, si reus chirographum eiurauerit, sumptus litis compensantur.

OBSERVATIO CCCXCI.

Matrimonium sine proposito liberos creandi legitimum.

Libidinis extinctio sancti et casti matrimonii legitima primaria causa.

Sobolis procreationem primarium matrimonii finem esse, ex Sacra Scriptura non probatur.

Si marito grauidae vxoris thalamum conscendere licet, non est omnis legitimi concubitus finis liberorum genitura.

Ob sterilitatem non dissoluitur matrimonium sed propter impotentiam et imbecillitatem membrorum genitalium dissoluitur, ergo plus valet corporea delectatio, quam sobolis genitura.

Si ad sobolem omnia referenda, nullae erunt vetulae cum depontano nuptiae.

Praeter hominem animal nullum in coitu de sobole cogitat. Quod autem in omni animali reperitur de eo dubitari non potest quin iustum sit.

Amorem primarium nuptiarum caussam esse per inductionem demonstratur.

Inclinationem vnius sexus ad alterum atque coeundi instinctum a Deo adeoque honestum esse.

An fas sit homini de diuinis et arcanis naturae consiliis sollicitari?

Voluptatis causa initum matrimonium iustum esse probatur ex sacris litteris et theologorum libris, deinde obiter ostenditur quod Onainus fecit turpe quidem facinus sed naturali iure tolerabilius esse et leuius, quam si quis puerum vel suem castret.

Non est vt quibusdam videtur philosophia nostra bestialis.

Qui secundarium finem accipiat neglecto principali scelus non committit.

OBSER-

OBSERVATIO CCCXCII.

Retractus an exerceri possit si extraneus iam sit inuestitus.

OBSERVATIO CCCXCIII.

Debitori ante diem soluere licet in mutuo non in foenore.

OBSERVATIO CCCXCIV.

Si quis furem occiderit.

Furem deprehensum non licet verberibus afficere.

OBSERVATIO CCCXCV.

Aduocatis sportulas ex actis liquidas petentibus non opponendae exceptiones altioris indaginis.

OBSERVATIO CCCXCVI.

Desidiosus tutor statim conueniri potest, nec opus ut antea debitor excutiatur.

De non exactis debitis tutor non tenetur nisi singularis desidiae reus sit.

OBSERVATIO CCCXCVII.

Absolutus in processu executiuo propter diffessionem iuratam nihilominus ordinarie conuenitur, neque tamen creditor tunc in probatione mutui documento eiurato vti potest.

Qui ob contumaciam in processu executiuo condemnatus est, tamen exceptiones per modum non quidem conuentionis attamen separatim instituendae actionis deducere potest.

Idem etiam obtinet in processu ordinario.

OBSERVATIO CCCXCVIII.

Interdum fertur sententia locationis extra concursum.

OBSERVATIO CCCXCIX.

Contra locatorem et venditorem dirigitur interpretatio. Sed etiam contra mandantem commodatarium et deponentem.

Clarius loqui debuit is, qui singulare quid et irregulare desiderat.

OBSERVATIO CCCC.

Sponſalium diſſoluendorum iuſtae et ſpuriae cauſae.

OBSERVATIO CCCCI.

Per fideicommiſſum hodie quis plus onerari poteſt quam honoratus eſt.

OBSERVATIO CCCCII.

Ex duabus contrariis probationibus iudex pro ſuo arbitrio ſibi probabiliorem eligit.

OBSERVATIO CCCCIII.

Ne quidem res geradicas vxor ſine mariti conſenſu oppignorare poteſt.

OBSERVATIO CCCCIV.

In reprobatione haud vti licet iure iurando ſuper capite in Interrogatoriis contra probationem antea exhibitis contento.

OBSERVATIO CCCCV.

Iactans ſe crimen commiſiſſe arbitrarie punitur.

OBSERVATIO CCCCVI.

Mater ſi ſe tutricem liberorum gerat opus habet tutorio.

OBSERVATIO CCCCVII.

Viae publicae iurisdictio in Saxonia Electorali iudici ordinario competit.

OBSERVATIO CCCCVIII.

Cauſae minutae extra Saxoniam.

OBSERVATIO CCCCIX.

De ſucceſſione hominis in alio territorio bona poſſidentis.

Si territoriorum diuerſorum incolae tertio loco nuptias contraxerint, ſucceſſio diiudicanda non ex loco copulationis ſed domicilii mariti.

De

De aliis huiusmodi legum collisionibus.

In cambio iura loci, vbi scriptum est, non solutionis attendenda.

In indossamentis et acceptationibus contra.

Promisisti per epistolam alteri et ille acceptauit; ante quam vero tibi de eius acceptatione constat, promissum reuocas. Respondeo non licere.

Locus contractus vbi acceptatio facta.

OBSERVATIO CCCCX.

Vidua portionem statutariam accipiens mariti heres putanda.

Testati et intestati naturalis pugna non semper.

OBSERVATIO CCCCXI.

Si quis per epistolam tibi quid mandat, tu vero non respondes, mandatum non contrahitur.

Qui tacet, dissentire videtur potius quam consentire.

Assessor iudicii potest impugnare actus ipso praesente susceptos.

OBSERVATIO CCCCXII.

Quomodo rapina a robbaria, haec a latrocinio, atque singula a furto qualificato et viae obsessione differant.

In rapina poena gladii non obtinet, si magis astuta fuerit quam violenta.

OBSERVATIO CCCCXIII.

Exceptio per me non stetit attendenda in testamentis non in contractibus.

Poenitentiae etiam hodiernis moribus in contractibus innominatis non raro locus est.

Qui promisit tertium quid facturum esse si tertius non faciat, frustra promittens exceptionem per se non stetisse, opponit.

OBSERVATIO CCCCXIV.

Si praeter cambium hypotheca constituatur etiam in hypotheca vsurae 6 pro 100 promissae.

OBSERVATIO CCCCXV.

Si quid vicini detrimento aedificatum ſit, id demoliendum, etſi ab initio nouum opus non fuerit nunciatum.

Nuptiae inter fratrem et ſororem ſemel initae inuitis iis non diſſoluendae.

OBSERVATIO CCCCXVI.

Stuprator non cogendus alimenta in numis praebere, ſi infantem ipſe in ſua domo educare velit.

Stuprata ſi mortua, ſpurius eſt in poteſtate aui.

OBSERVATIO CCCCXVII.

De ſententiis medium ferientibus Schnitterurtheln, Bauerſchieden.

OBSERVATIO CCCCXVIII.

Si caput rei et quod potiſſimum ad condemnationem ſufficit delinquens fateatur, facile creditur, nec commiſiſſe quae negat.

OBSERVATIO CCCCXIX.

Membrorum mutilatio militiae detrectandae cauſa ſex ſeptimanarum carcere punitur.

OBSERVATIO CCCCXX.

Probatio rei ineptae, aut iusiurandum ſupervacaneum, etiam poſt rem iudicatam reiicitur.

De ſententiis tacite alternatiuis.

OBSERVATIO CCCCXXI.

Lotteria.

OBSERVATIO CCCCXXII.

Turbatio poſſeſſionis etiam in non faciendo et omittendo conſiſtere poteſt.

OBSERVATIO CCLII.

Propter Feodum consensu domini oppignoratum actio hypothecaria institui potest in foro domicilii et coram iudice territoriali. Vide tamen Tr. de Pseudo feodalibus caussis.

Executionem tamen in ipsam feodi substantiam nemo decernit, nisi regiminis collegium, quod curiam clientelarem praesentat.

Immo ne quidem fructus decernit iudex allodialis.

Si in foro domicilii actio hypothecaria instituatur, non solum fructus creditori dicasteria adjudicant, sed ipsius beneficii possessionem, hac formula: Daß Beklagter das verpfändete Lehn Klägern so lange, bis er wegen des Hauptstammes derer 1000 fl. auch rückständigen Zinsen, daraus befriediget, abzutreten und einzuräumen schuldig. Quodsi autem res deinde ad executionem deueniat, nemo eam in ipsam feodi substantiam decernere potest, nisi curia clientelaris et ipse dominus directus. LVDOVICI Lehnsproceß cap. 15. Vide etiam *O. P. R. ad titul. 40. §. 1.* In fructus foedi judicem ordinarium executionem decernere, dispositum quidem in Ord. *Cameral. Imper. P. 2. lib. 9. §. 2. P. 3. lib. 48. §. 5.* idque argumento *II. F. 45.* Sed Saxoniam tamen Electoralem quod attinet non silentio praetermittendum, quod Rex Poloniae die 25. Aprilis 1749. curiae prouinciali supremae rescripsit: Dieweil wegen Vollstreckung der Hülfe in die Nuzungen des Lehns leicht allerhand Irrungen,

(Margin numbers: 1 beside line 1; 2 beside line 5.)

rungen,

rungen, zumal in Fällen, da bey Lehngütern, auf welche auf euren Befehl mit der Execution und Immission, ohne daß es zu der Lehns Curie Wissenschaft gediehen, verfahren, von denen Vasallen hingegen mit Verschweigung dieser Beschaffenheit, Consens in die Verpfänd- oder Veräuserung solcher verholfenen Güther, bey der Lehns Curie gesuchet und ertheilet worden, erwachsen können: So begehren wir gnädigst, ihr wollet in Zukunft, wenn um die Execution in die Lehngüther und deren Fructus angesuchet wird, die Klägere mit ihrem disfalsigen Gesuch an die Landes Regierung verweisen und selbigen, zu dessen Erlangung, beglaubte Abschriften von denen Urtheln mit ausdrücklicher Bemerkung, daß diese Rechtskräftig, mittheilen, selbst aber mit weiterer Anordnung einiger Hülfe in die Lehngüter oder deren Nutzungen gänzlich anstehen.

OBSERVATIO CCLIII.

Dotalitium non cessat propter secundas nuptias.

Noua estoris in *Disp. An dotalitium propter secundas nuptias cesset*, et burchardi gothelf struvii *in Elem. Iur. Feud. cap. 13. §. 388.* opinio facile refellitur ex Glossa Iuris Feodalis Saxonici cap. 57. vbi verba: Auch solt ihr wissen, daß die Manne, die sich beweiben mit solchen Weibern die Leibgedinge hat ꝛc., Item: Nimt ein Mann eine Wittwe die Leibgedinge hat, der Mann ist ihr Vormund ihres Guthes dieweil sie lebet, und darum nimt er auch alle die Pfleg und Früchte. Idem scriptum *in I. P. S. lib. 3. art. 76.* Secundum haec dotalitium ad mortem vsque perdurare, etiamsi vidua ad secunda vota transierit, pronunciauimus saepe et nuper adhuc Gothano cuidam, Mense Septembri 1766. Imo veterem hanc opinionem prae noua praeualuisse in Imperiali Camerae Iudicio, discimus ex crameri Nebenstunden *P. 9. p. 3.* Est sane acceptatio dotalitii contractus vitalitius, qui per nuptias non desinit.

OBSER-

OBSERVATIO CCLIV.

Aureum contra improbos conductores remedium.

Sequestrationis processus est summariissimus.

Non biennium requiritur, vt propter mercedem non praestitam conductor expellatur, sed sufficit si generatim bis non soluerit.

A sequestratione se liberare potest conductor, si fideiussores idoneos sistat.

Non admittenda in sequestrationis processu leuteratio.

Anxie saepius locatores fraudibus coloni circumscripti petierunt, vt, 1
quoniam agros conductores relinquant incultos et omnia perdant, trabes ex aedibus serra eximant et fornaci deuorandas iniiciant, siluas ad perniciem vsque depopulentur et praedio ad ruinam vsque abutantur, hos pessimos ante finitum locationis tempus, deiiceremus. Vtcunque autem miserti fuerimus iniquae conditionis, defuit tamen huc vsque remedium, quo malum tale pelleremus. Nam statim in promtu erat colonorum exceptio: Nondum finita locatio; Habes interea praestitam a nobis securitatis causa pecuniariam cautionem; Si mercedem non soluimus, si inventario consignatas res vendimus, si quid perdimus, age contra nos locati actione. Credo equidem hisce inprimis temporibus omnia laborasse dicasteria, vt viam aliquam et rationem inuenirent, qua fraudibus hisce conductorum fraenum iniiceretur, sed excussis sedulo omnibus iurisprudentiae loculis non reperiebatur vllum contra sonticum malum remedium. Allucebat quidem nobis Lex 3. C. de locat. in qua, si colonus praedio conducto abutatur, 2
eum expelli posse, Imperator permittit. Verba haec sunt: *Aede, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum soluisti, inuitum te expelli non oportet, nisi propriis vsibus dominus eam necessariam esse* PROBAVERIT *aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versatus es.* At si talis abusus conducti praedii solenniter iudici probandus

dus, bone Deus! facillime protrahet hanc litem conductor, vsque dum finis locationis suapte appropinquauerit. Adeoque quod lex vna manu praebet, altera, eripere videtur, nam ad penitus remouendum conductorem et plane dissoluendum contractum solenni probatione opus esse, et ipse putauerim et omnes omnino doctores consentiunt. Illos vero qui, vsque dum haec probatio perficiatur, sequestrationem decernendam putarent, illud ipsum obueniens in superiori lege verbum: *Probauerit*, illico deterrebat.

3 Sed salua res est, nam etiamsi vel maxime ad penitus dissoluendum locationis et conductionis contractum solenni probatione opus esse concesserim, tamen ea non opus est, si de sequestro decernendo quaestio incidat. Itaque mense Augusto 1766. collegium statuit, satis demonstratum esse, ad sequestrationem obtinendam, rei conductae abusum, si, per ocularem inspectionem, adcitato conductore rite institutam, in deterius omnia vergere nec culta esse noualia, aliaque damna pateant, MEVIVS *P. 5. Decis. 347.* aut si duo testes summarie interrogati iurauerint, conductorem in conductas aedes meretrices recepisse et lenocinio se suosque sustentare. Hoc facto, licet propter defectum solen-
4 nis probationis dissolui totus contractus nequeat, tamen Sequestratio, non quidem in nobilium praediis a Iustitiario, domini vt plurimum familiari, sed a dicasterio decerni potest. *L. 20. princ. et §. 4. C. de agricolis et censitis et colon. Cap. fin. X. de sequestr. fruct. et poss.* Item Imperatores Antoninus et Verus in L. 21. §. 3. ff. de appellat. rescripserunt: *Quamuis vsitatum non sit fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi, tamen cum populitarentur ab aduersario, aequum sibi videri fructus apud sequestres deponi.* Sed et doctores omnes consentiunt. GAIL. *lib. 1. Obs. 148.* et MYNSINGER *lib. 5. Obs. 35. n. 4.* vtpote qui ex iure demonstrant, statim ad sequestrationem deueniri, si is, qui rem detinet, de fuga sit suspectus, aut eam dilapidet, aut fructus populetur.

5 Iam vero a me nemo postulet, vt ipsi ad sequestrationem obtinendam mero summario processu opus esse, demonstrem, cum in rebus admodum notis et peruulgatis sufficiat dubitantes ad libros iureconsultorum et ad doctorum auctoritates remittere, quod quidem facere non supersedeo, eos ablegando ad MEVIVM *P. 5. Decis. 233. num. 5. et 6.* BÖHMERVM *Tom. 2. P. 1. Consil. 313. num. 10.* CARPZOVIVM *in Pro-*

cess.

ceff. tit. 1. num. 49. vt plane mirum ſit, in Ordinatione Proceſſus Recognita tit. 1. §. 6. inter caetera Summarii exempla ſequeſtrationis proceſſum non nominatum fuiſſe. Hoc certum habeo, non eſſe in ſeque- 6
ſtrationis proceſſu, quoniam de poſſeſſione momentanea agitur, admittendam leuterationem. Interea tamen, cum ſequeſtratio declinari poſ- 7
ſit, datis fideiuſſoribus aut alia ſatisdatione, non debent audiri conductores, ſi ſuam initio contractus praeſtitam cautionem allegent, quae plerumque exigua et leuibus damnis vix idonea, quoniam omnes locatores plerumque ſuos colonos ab initio bonos facile praeſumunt. Igitur vbi malos euentus demonſtrat, praeter eam noua cautione de non amplius deteriorando opus eſt, ſi ſequeſtrationem decretam per eam remouere cupiant.

Nunc ipſam ſententiam noſtram ſuperius allegatam apponimus: 8
Daß Klägers auf Räumung der Mühle gerichtetes Suchen nicht ſtat hat, es mag aber, wenn zweene oder mehrere von den Ausſtellern des fol. 30. befindlichen Zeugniſſes, ſothanes Atteſtat vermittelſt Eydes beſtärken, mit Sequeſtration der verpachteten Grundſtüke, bis zu Austrage gegenwärtigen Rechtshandels, wohl verfahren werden. RATIONES: Obwohl die Rechte 9
klärlich beſagen, daß ein Pachter, wenn er in zwey Jahren keinen Zins abführt, desgleichen: ſi in re locata male verſetur,

L. 54. §. 1. D. loc. cond. Auth. Qui rem huiusmodi C. de SS. eccleſ.

eamque, vel ſaltim partem eius, deteriorem faciat, ſtatum eius, in quo erat, diminuendo, et de ea re conſtet, noch vor Endigung der Pachtzeit aus dem erpachteten Guthe durch richterliche Hülfe abgetrieben werden könne,

WEGIVS *de locat. cond. c. 12. §. 34. ſeq. §. 53. ſeq.*

welches inſonderheit ſtat findet, ſi conductor agros ſecundum morem regionis non colat,

MANTICA *de tacit. et ambig. conuent. lib. 3. tit. 7. num. 17.*

quia tacita ineſt contractui conditio: ſi penſionibus paruerit et, vt oportet, coleret,

L. 54. §. 1. D. loc. cond. MÜLLER *ad Struuii Syntagm. Exercit. 24. §. 12. not. d.*

10 so gar daß nicht einmal ein pactum de non expellendo ob abusum rei für gültig geachtet wird,

STRYK. *Cautel. Contract. Sect. 2. c. 9. §. 17.* WEGIVS *de locat cond. c. 12. §. 54.*

alhier aber Beklagter nicht nur seit Johannis 1764. kein Pachtgeld entrichtet, sondern auch in Ansehung des Mißbrauchs der erpachteten Mühle und dazu gehöriger Grundstücke die fol. 29. seq. befindlichen Atteſtate wider sich hat.

11 **Dennoch aber und dieweil** Beklagter in dem Pachtbriefe der Ausflucht des nicht erfülten Contracts sich keinesweges begeben, einfolglich Kläger zuförderst die Seiten seiner beschehene Erfüllung dessen, beweisen muß, weswegen auf Räumung des Pachtes wegen nicht bezahlter Pachtgelder nicht zu erkennen gewesen, so wenig solches auch wegen der vorgegebenen Deterioration füglich geschehen mögen, da selbige zur Zeit behörig nicht erwiesen,

MEVIVS P. 2. Decis. 33. BRVNNEMAN. ad L. 3. C. locat. cond.

jedoch da solcher gestalt beyde Theile darüber: Wer bis zu Ausgang gegenwärtigen Rechtshandels in dem Besize und Genuße der Mühle verbleiben solle? unter einander streitig, als in welchem Falle, oder wenn metus dila-
12 pidationis vorhanden, die Sequestration zu veranstalten, in denen Rechten nachgelassen, auch um hierzu zu gelangen, keines weges förmlicher Beweis erforderlich, sondern nur eine summarische Untersuchung und *aliqualis demonstratio* hinlänglich,

FRANC. CVRTIVS de Sequestrat. num. 32.

alhier auf Sequestration, daferne obangeregte Atteſtate von einigen derer Aussteller eydlich bestärket werden, das Absehen zu richten, um so mehr billig geschienen, da ausserdem Beklagter die Mühle samt Zubehör ohne Abgabe des geringsten Pachtgeldes, wie er schon 2 Jahre lang gethan, ferner bis zu Ende des Processes unbilliger Weise, bey einem zwar anfangs bestelten aber nur geringen Pachtvorstande, nutzen würde, dahingegen durch die erkante Sequestration beyden Theilen ihr Recht vorbehalten wird, so ist 2c.

Hoc loco et illud monere non superuacaneum videtur: memoratum in iure Romano biennii tempus, ob quod, non soluta mercede con-

conductor expelli potest, hodie non de vero biennio, sed de duobus solutionis temporibus: Wenn der Pachter zwey Termine schuldig geblieben, accipiendum esse. Nam apud Romanos merces demum sub finem singulorum annorum numerabatur, *L. 24. pr. ff. L. 36. L. 54. §. 1. ff. loc. cond. L. 34. ff. de reg. iur. L. 29. L. 140. ff. de verb. oblig.* Iam vero, cum hodie non annuatim, sed semestribus singulis immo breuioribus spatiis, mercedem solui moris sit, merito subscribimus auctoritati doctorum, qui etiam breuius tempus sufficere statuunt. BERGER *Oec. Iur. lib. 3. tit. 4. §. 25. not. 3.* WERNHER *P. 1. Obs. 136.* LEYSER *Specim. 220.* MENKE *Pandect. lib. 19. tit. 2. §. 15.* RICHTER *Decis. 81. num. 1.*

OBSERVATIO CCLV.

Cur vidua geradam inuentario hereditatis maritalis inserere iubeatur?

Nemo res proprias consignare cogitur.

Aestimatio rerum consignatarum iuriiurando specificationem edentis non committenda.

Documenta etiam specificationi inserenda.

Nomina, omissa quantitate cuiusque debiti, iuranda.

Experior multos rationem comprehendere non posse vsitatae in colle- 1
gio huius pronunciandi formulae: Daß Beklagte zu eydlicher Bestärkung der überreichten Specification über ihres Ehemannes Nachlaß, jedoch mit Hinweglassung der Taxe ingleichen auch derer sowohl obhabenden als aussenstehenden Schulden zu lassen, es könte und wolte denn Kläger: Daß ein mehreres, als angegeben worden, in der Erbschaft vorhanden gewesen,
wie Recht erweisen, so ist mit der Eydes Leistung annoch anzustehen; Item 2
et hoc miratos fuisse, quare vidua etiam res vtensiles, quae tamen adhuc viuo marito iam ad eam iure dominii pertinuerunt, iubeatur suae iuratae specificationi inserere, cum tamen lex nullibi mandet, vt quis

res suas proprias consignet et describat, ac nemo sic homo simplex immo magis stultus inueniatur, vt publico inuentario sua bona immisceat,
3 nec ad hoc adigi possit. Contra vero, cum nihil magis necessarium
videatur, quam vt aes alienum pariter atque nomina consignentur, saepius tamen pronuntiari, haec, pariter atque rerum aestimationem adscriptam, ex iurisiurandi formula omitti debere. Quamobrem non ingratum fore lectoribus puto, si responsum addam ex quo causas huius formulae cognoscere possint:

4 **Dennoch aber und disweil** ein Inventarium oder die stat dessen
eingeführte eydliche Specification nichts anders, als ein Verzeichniß derer=
jenigen Sachen ist, so aus dem Nachlasse eines Verstorbenen sich jemand an=
gemaset, also diese Anmasung und Occupation den Grund der Obliegen=
heit dergleichen Verzeichniß zu überreichen, lediglich abgiebet; wannenhero
die eydliche Bestärkung über solche Grenze sich nicht erstreken, noch die Wit=
be das Inventarium, so die Vormündere übergeben, nicht einmal de cre=
dulitate, zu beschwören, angehalten werden darf; sondern genug ist, wenn
sie nur von denenjenigen Sachen, welche dem Verstorbenen gehöret und de=
ren sie sich wirklich angemaset, (sie mag sie übrigens jezo noch besizen oder
5 verschenket und verkaufet haben) ein Verzeichniß in die Gerichte liefert, so
dann Kläger, daß sie auch ihre eigene Gerade und das Mustheil mit hinein
bringen solle, um deswillen mit Recht begehret, weil, wenn schon solche der
Witbe Eigenthum, gleichwohl dieselbe nicht ihre eigene Richterin abgeben und
nach selbstigem Gutbefinden, was zur Gerade gehörig? beurtheilen darf,
immasen, so bald nur der geringste Zweifel, auch fremde Sachen mit ver=
zeichnet werden müssen, weil *L. 22. § 2. C. de iure delib.* ausdrüklich be=
saget: super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat, in=
6 uentarium conficiendum; die Taxe aber oder der Werth, zumal bey wich=
tigen Dingen, ohne des Gegentheils Einwilligung, nicht also fort auf den
bloßen Eyd zu stellen; und auf gleiche Weise sowohl die obhabenden als au=
senstehenden Schulden des Verstorbenen zwar anzuzeigen, jedoch aus der Ey=
des Notel hinweg zu lassen sind, sintemalen wenn zum Exempel die Witbe
unter des Ehemannes Schulden ihr Eingebrachtes angesezet hätte, sie doch
solches sich nicht selbst zuschwören könte, oder fals sie würklich dasselbe unter
andern Schulden mit beschworen hätte, dieses im Erfolge mancherley Bedenk=
lichkeiten und Widersprüche nach sich ziehen würde. So ist 2c.

Et

Et alio tempore: Die Beklagte Witwe, was für Gerade oder Pertinenz Stüke des ihr vermachten Hauses zu erachten, selbst zu ermessen nicht gebühret, sondern dessen Erörterung zum künftigen Haupt-Erbkenntnisse gehörig vielmehr vorjezt lediglich darin: was der verstorbene Ehemann überhaupt verlassen, die Frage ist, solchemnach alles und jedes so dieser besessen und sie nach seinem Tode an sich genommen, anzuzeigen ihr oblieget, so ist ꝛc.

Interea tamen negare non possum, in nostris sententiis verba: 7
Mit Hinweglassung der außenstehenden sowohl als obhabenden Schulden, mihi non satis adaequata videri, cum saepius defuncti potiores facultates in nominibus consistant adeoque quam maxime intersit, haec potissimum consignari, vt nesciam, anne formula sententiae commodius ita instruatur: Jedoch mit Hinweglassung derer obhabenden Schulden, und so viel die ausenstehenden betrift, nur überhaupt dergestalt: daß Beklagte deren mehrere nicht anzugeben wisse, und sie dergleichen weder eingehoben noch wissentlich verschwiegen, im übrigen aber ebener maasen mit Hinweglassung der Summe einer jeglichen Schuld, beschehenen Einwendens ungeachtet, billig zuzulassen.

Secundum haec iudex ipsam iurisiurandi formulam ita concipiet: 8
Ich N. schwöre hiermit zu Gott dem Allmächtigen einen leiblichen Eyd: daß das mit ☾ bemerkte Verzeichniß, so ich von meines verstorbenen Ehemannes Nachlasse eingereichet, und mir wiederum von Stük zu Stük vorgelesen worden, in allen, so viel mir wissend, richtig sey, und ich daraus mit Vorsaze nichts hinterhalten habe, insonderheit daß, so viel die aussenstehenden Schulden betrift, ich deren mehrere nicht anzugeben weiß, und dergleichen weder eingehoben, noch wissentlich verschwiegen, endlich daferne mir etwas, so zu dieser Verlassenschaft gehörig, annoch beyfallen solte, ich solches treulich angeben wil, so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort.

OBSERVATIO CCLVI.

Paſcua inficiens vel apes et gallinas veneno necans gladio feritur.

Crudelitas in beſtias referenda inter crimina extraordinaria.

Punitur carcere, immo relegatione.

Secundum ius naturae hominum erga beſtias aeque ſancta, quam erga homines officia.

Beſtias cultro anatomico diſſecaſſe viuas, arbitrariam poenam meretur.

De medicorum canone: Faciamus periculum in anima vili.

1 Iura hominis in bruta omnes cantant, nemo officia. Tale nempe noſtrum genus, quod ſe diuinitati proximum immo vix genios ſiue angelos praeſtantiores putat. Solemus plerumque nos, nec de caetero quicquam, curare. Quid mirum ergo; ſi extiterint, qui officia hominis erga beſtias plane negarent. Quare hoc autem? Quia nimirum animalia ius exigendi non habeant, ſiquidem ius et obligationes correlata ſint. Merus hic in verbis luſus. Neque enim placet definitio, vt ſit officium, quod alter a te exigendi ius habeat. Hac ratione enim nulla eſſent in naſciturum aut infantem officia; ſed potius actio, quam lex naturae a nobis exigit, Officium dici ac definiri debet. Id omne ſi recte explicare velimus, non animalibus tale officium debemus, ſed deo. Soli cacodaemones cruciatibus delectantur, ſed deus vult omnibus creaturis bene et malorum quam minima eſſe. Gaudiis hominum et animantium delectatur. Nec ob aliam cauſam vniuerſum hoc creaſſe putatur, quam ne ſolus ſibi videretur beatus ſed innumeris communicaret ſenſum laetitiae et voluptatis.

Itaque hominum erga bestias obligationes naturales statuo, et quod 2
scriptum ius attinet, non dubito crudelitatem in animalia istis, de qui-
bus in Pandectis titulus extat, *criminibus extraordinariis* annumerare,
quae arbitraria iudex poena coercet, etiamsi lex sileat. Certe atroci-
tatem delictorum non solum ex damno alteri dato metiri debemus, ve-
rum etiam vitiositas animi, quae in maiora erumpere possit, poenis
coercenda. Nam si ad solum damnum respicere velimus, nec blasphe-
mia, nec incestus punibiles essent, quoniam his quidem delictis nul-
lus hominum laeditur. Quis dubitet arietes viuos excoriantem aut cor- 3
nicum oculos configentem exsatiandae crudelitatis causa, perniciosio-
rem ciuem esse et deo magis inuisum, quam si quis leuiori iniuria ho-
minem afficiat? Non aliud profecto certius, mihique exploratius, ani-
mi scelerati indicium, quam improba in bestias saeuiendi cupido. Iam
vero cum alio tempore (infra Obs. CCCXXX) a nobis demonstratum
sit, dandam esse operam principi, vt non tam delicta iam perpetrata
puniat, quam potius, ne perpetrentur, caueat et imis radicibus tempe-
stiue primam peccandi occasionem euellat, ne tam effectus, quam mor-
bi causa, tollatur, operae pretium est in praesenti aliquas crudelitatis
poenas lectoribus tradere. Quis tam efferati et inhumani animi est, quin 4
crudelitatem inter crimina referenda esse putet? Nihil enim verius,
quam, quibus volupe est in animalia saeuire, eosdem, si possent et li-
ceret, pari ratione tortores hominum futuros esse. Vnde inter Stoi-
corum paradoxa illud quoque: si quis, cum causa non esset, gallum
gallinaceum necauerit, idem crimen videri, quam si quis patrem occi-
derit. Ille etiam non sine vituperio benefico creatori quasi bellum in-
dicit, qui nimio labore iumenta emacerat, vt iam LEYSER *Spec. 3.
med. 5.* innuit, etsi de caetero mecum non sentiat, immo potius seue-
ritatem Mahometani imperatoris MVRATI, mihi sane ob hanc miseri-
cordiam sancti et venerabilis, improbet, hominem poena afficientis,
quod is, dum ipse pranderet, equum suum impransum et onustum ad-
stare patiebatur, vt THEVENOTIVS in *Itinere Orientali lib. I. cap. 38.*
retulit. Nos vero mense Augusto 1765. transmittente ad Facultatem 6
iuridicam Lipsiensem acta criminalia Treffurtense Praefecto, scelerato
cuidam, qui noctu in alterius stabulum clam irrepsisse et inuidiae causa
linguam vaccae dimidiam cultro abscidisse accusabatur, sex septimana-
rum carceres dictauimus. Videri poterat causa mere ciuilis, nec am-
plius,

plius, quam in aestimationem damni hominem scelerati pectoris condemnari potuisse; sed praeter animalis pretium insuper etiam criminaliter hanc vitiositatem animi poena coercendam esse putabamus, immo non pauci erant, qui inquisitionem dictandam esse innuerent, argumento Constitutionis Electoralis 18. P. 4. quae delictum in animalia, v. c. si quis pascua veneno infecerit, etiam igne coercet, scilicet damno inde secuto; alioquin decernitur fustigatio. Ecce sententiam, mense Maio 1768. a Facultate Lipsiensi perlatam:

7 Daraus so viel zu befinden, daß jeztgedachter V. dem Schulmeister Eissenbranden den durch Verlezung seiner Kuh zugezogenen Schaden, auf der Sache verständiger Ermessen, zu ersezen schuldig, und hierüber seines begangenen Frevels halber, über das bereits erlittene, annoch mit 6. wöchentlichem Gefängnisse zu bestrafen: Es könte und wolte denn derselbe, nach vorgehender scharfen Verwarnung für der schweren Strafe des Meineydes, vermittelst seines leiblichen Eydes sich reinigen, und daß er zu der angegebenen Zeit besagte Kuh in die Zunge nicht geschnitten, noch solcher einen oder mehrere Stiche in den Hals zugefüget habe, schwören; So ist er zwar mit Ersaz des Schadens sowohl der zuerkanten Strafe zu verschonen; nichts desto weniger auf beyde Fälle alle verursachte Unkosten, auf richterliche Ermäßigung, abzustatten schuldig. RATIONES: Obwohl gar keine Ursache der an der Eissen-
8 brandischen Kuh verübten widersinnigen Thathandlung zu ergründen, noch daß V. solches Stehlens halber sich unterfangen, wahrscheinlich wird, derselbe auch, daß allenfals der bereits erlittene Arrest ihm zu statten komme, vor sich anziehet. **Dennoch aber und dieweil**, daß er und sein Eheweib wider
9 den Schulmeister Eissenbranden verbittert gewesen, aus des leztern fol. 8. geführten Reden abzunehmen; das Begangene selbst aber als eine ahndungswürdige Bosheit an sich zu betrachten; So ist ꝛc. Et iterum alio tempore: Daß Johan Gottlieb Ring seines an dem Viehe verübten grausamen Beginnens auch übrigen Frevels halber vier Wochen lang mit Gefängniß zu bestrafen.

10 Item cursori publico, qui equos ad mortem vsque concitauerat, quoniam ob id iam pluribus mensibus in carcere detinebatur, minorem, quam merebatur, poenam mense Augusto 1766. dictauimus, his quidem verbis: Dieweil der Postillon durch eydlich abgehörte Zeugen, daß er, auf eine unvernünftige und grausame Art, das ihm untergebene Vieh übertrie-

trieben, immaaßen er damit bey Torgau sogar in lauter Sande und unter heftigem Winde gejaget zu haben, satsam überführet, übrigens was die am 27sten Merz des 1766sten Jahres auf einmal zu Grunde gerichteten zwey Pferde anlanget, der Ausgang und weil beyde an einem Tage umgefallen, sowohl die übrigen in Acten angezeigten Umstände satsam seine Vergehung und unmenschliches Beginnen an Tag legen; So ist ernanter G. S. den Werth sothaner zu Schanden gejagten 3. Pferde dem Postmeister C. A. F. wenn dieser solchen vermittelst Eydes anzeiget, zu bezahlen schuldig, und wird er, über das bereits erlittene, annoch 12. Tage lang mit Gefängniß bestrafet, sowohl zu Abstattung der verursachten Unkosten billig angehalten. Vide infra Obs. DLXXXIV. n. 13. Neque enim hanc rem tantum ad morum disciplinam, sed etiam ad iura ciuilia pertinere, praeter Electoralem Constitutionem superius laudatam, etiam leges Atheniensium Turcarumque probant, et haec BERGERI in Electis Criminalibus Capitis secundi membro 2. §. XI. pag. 113. memorabilia, sed cum temperamento quodam accipienda, verba: *Nota eum, qui bruta animalia veneno enecat, secuto damno gladio puniri.* Hoc saepius accidit in apibus aut gallinis veneno sublatis aut si quis pascua infecerit. Iure Saxonico enim *I. P. S. lib. 2. art. 13.* Struu. *diss. de jure pasc.* hoc etiam capitale, speciatim *Constit. Elect. 18. P. 4. ibique Carpzouius* sancitum ut qui pascua infecerit damno reuera dato igne, non secuto damno fustigatione puniatur. Idem philosophis placuit, si quidem *Plato* Lib. XI. de Legibus in sua, quam animo conceperat republica, hanc legem suasit: *Qui veneno vtitur, quamquam non ad mortem homini inferendam, sed ad pecora aut apum examina delenda, si medicus sit, veneficii conuictus morte puniatur; sin artis ignarus, quid pati aut dare debeat, iudices constituant.* 11

12 Vt autem atrocitas huius extraordinarii delicti etiam ex religionis Christianae dictatis pateat, placet theologum loquentem inducere GERBERVM, qui in Tomo primo **Derer unerkanten Sünden**, *cap. 26.* de illis omni fera, vt mihi videntur, bestialioribus innoxiorum animalium tortoribus, qui impurissimam ex cruciatu voluptatem capiunt, ita declamauit: Ein rechtschaffener Man wird kein Thier mit alzuschwerer und stetiger Arbeit überladen, und mit Unbarmherzigkeit es nicht schlagen. Got läst Gras wachsen für das Vieh, so gut als für den Menschen. Zu Athen hat es sich zugetragen, daß einem Rathsherren, als er im Gerichte gesessen, ein

ein Sperling, der von dem Habichte verfolget ward, in seinen Busen oder weiten Rock geflogen, der ihn alsbald erwürget, da er ihn doch billig hätte erhalten sollen, weil er bey ihm seine Retirade und Sicherheit gesuchet; der Rath hat ihn als einen bösen Man verurtheilet, weil er ein so grausames Gemüth spüren lassen. Einer Nahmens Praxiteles hat einem Hammel das Fell lebendig abgezogen, weshalben ihm der Rath zu Athen den Staupenschlag zuerkant. PLVTARCH. Or. I. de esu carn. Du erstaunest über die teuflische Grausamkeit dieses Menschen. Wie? thun denn die Fischer mit den Fröschen nicht eben dasselbe? Es ist unter einem Frosch und Schafe, unter einer Fliege und einem Ochsen diesfals nicht der geringste Unterschied, weil die Fliege eben dergleichen, ja noch zärtere Empfindungen hat. Auch haben die Athenienser einen Knaben zum Tode verwiesen, der seine Lust daran hatte, daß er den Krahen die Augen ausstache, weil sie urtheilten, solche Grausamkeit wäre ein Anzeichen eines grundbösen und höchstschädlichen Gemüths. Wie hart die Türken denjenigen bestrafen, der ein Thier unbarmherziger Weise umbringet, kann bey dem BVSBEQVIO in seinen Epistolis Turcicis pag. 170. gelesen werden. Daß man sich auch am Vieh versündigen könne, sehen wir aus den **Sprüchwörtern Salomonis 12. v. 10. Der Gerechte erbarmet sich seines Viehes, aber das Herz des Gottlosen ist unbarmherzig**; et alio loco idem GERBERVS: Die Pferde können nicht mehr ziehen, als in ihrem Vermögen stehet; nun überladet mancher Fuhrman das Vieh ganz unbarmherzig. Wenn sie nicht mit der Last fortkommen können, alsdenn schläget er grausamlich auf das arme Vieh, fluchet Donner und Teufel dazu. Thust du das, so bist du dümmer als das Vieh. Es solte durch ökonomische Geseze bestimmet werden, wie viel man einem Pferde oder Esel auflegen dürfe; **Paulus saget Röm. 8. Wir wissen, daß alle Creatur sehnet sich mit uns, und ängstet sich immerdar, denn sie möchte gerne frey werden von dem Dienste des vergänglichen Wesens, dessen sie ohne ihren Willen unterworfen ist.** Was meynet ihr wohl, wie sehr das arme Vieh nach seiner Art seufzen müsse? Sprecht ihr: es verstehets ja nicht, wie wil es seufzen? Antwort: Verstehen eure Ohren solch Seufzen nicht, so höret es doch Got; obwohl die Creatur, wie **Lutherus** spricht, keine Sprache hat, wie wir, so hat sie doch eine Sprache, die Got und der heilige Geist höret und verstehet, wie sie seufzen über Unrecht. Der Herr wird jeden um deswillen vor Gerichte führen. Haec ille.

Plura de ea re in libello qui Kleine Plappereyen inscribitur, ex- 13
posuimus, quae, cum longe verissima iudicem, adscribo: Den gering-
sten Wurm, der uns nicht beleidiget hat, ohne Ursache umzubringen und zu
martern, ist eine größere Sünde, als in Jäheit des Zornes einen Menschen,
der uns geschadet, zu töden. Was ist gegen der Unendlichkeit Gottes gerech-
net, zwischen einer Müke und dem vernünftigen Zweyfuße für ein Unterschied?
Die Vergrößerungs Gläser haben mir zuerst die Blöße des Menschen und
das Lächerliche seines Hochmuths entdecket, und mich belehret, daß alle Ge-
schöpfe meine Brüder sind. Da der Allmächtige für alles Vieh mit so ausneh-
mender Sorgfalt wachet, da die Vernunft, wie Frau DESHOULIERES sich
ausdrücket, kein Vorzug des Menschen, sondern ihm blos zur Strafe gege-
ben ist, da Got denen Thieren Sinne, Gliedmassen und Schönheiten ver-
liehen, deren sich der Mensch nicht rühmen kan, da diese, nicht wie die Men-
schen, sündigen, also auch keiner Erlösung bedarft, und Gottes unendliche
Güte, alles was lebet, beglüken wil; so lieget am hellen Tage, daß solcher
Absicht sich nur ein Bösewicht widersezen könne, und daß Got die frevelhaften
Zerstörer seiner Meisterstüke hasse, hingegen ihm gefällig sey, wenn man
sich gegen die Thiere eben so, als gegen die Menschen, barmherzig erweise.
Diejenigen, so mit henkerischen Seelen zur Plage der Geschöpfe gebohren,
sind Teufel und keine Menschen. Denn das ärgste, was von dem Teufel sich
nur denken lässet, ist, daß er sich ein Vergnügen machet, zu quälen. Warlich
die Verehrer Mahomets, die der tumme und unwissende Pöbel, weil dieses
ihm der Schulmeister tief in die Seele eingepräget, für Wütriche hält, sind
gleichwohl hier eines bessern unterrichtet, wobey mir auch gewisse Indianische
Weltweisen, Abkömlinge derer Gymnosophisten, in das Gedächtnis kommen,
welche so gar Hospitäler für alte und Lazarethe für kranke Thiere angeleget.
Was würden diese wohl gedacht haben, wenn sie eine christliche Parforce Jagd
erlebet hätten? Man schämet sich zu sagen, wie viel Unvernunft heut zu Tage,
wie obbelobter GERBER angemerket, bey denen Fuhrleuten und Holzbauern
auf allen Straßen zu erbliken. Ich habe mit meinen Augen einen Bauer ge-
sehen, ja ich habe ihn gesehen, den Schandflek der Menschlichkeit! der sein
Pferd, einen verhungerten und von Alter dergestalt entkräfteten Gaul, daß
er kaum mehr stehen konte, zum Jammer aller Umstehenden erbärmlich grau-
sam prügelte, weil es ein Hufeisen verlohren hatte. Die Rache wird ihn fin-
den. Denn wer fleißig Acht hat, den kan die Erfahrung lehren, daß Got 14
denen es vorzüglich wohlgehen lässet, die sich gegen die Geschöpfe milde und
barm-

barmherzig erweisen. Unter allen halte ich die Barmherzigkeit gegen das Vieh für das sicherste Anzeigen eines guten Gemüthes, weil solche Wohlthaten ungezwungen geschehen, da hingegen der Mensch gegen den Menschen meist nur aus Eigennuz menschlich ist. Kurz! das ist mein in der Vernunft befestigter Grundsaz: **Wie man wil, daß Got mit uns verfahren solle, so müssen wir gegen die Thiere handeln.** Wir sind ihre Herren, wie Gott der unsrige. Ja es ist zwischen den Menschen und den Thieren noch lange nicht das Verhältniß, so zwischen dem Allerhöchsten, gegen welchen der Erdbal ein Sandkorn ist, und der elenden Creatur, dem Menschen, obwal-
15 tet. Die Geistlichen solten in denen Predigten, anstat Kezer zu verdammen oder alzuhohe Glaubenslehren, die zwar den theologischen Verstand erleuchten, nicht aber das Herze rühren, und die kein Bauer fassen kan, Jahr aus Jahr ein, unaufhörlich vorzutragen, mehr wider diese und andere nicht satsam erkanten Sünden eifern. Laster, so die Geseze nicht bestrafen und gleichwohl höchst gemein sind, gehören vorzüglich auf die Kanzel. Aber, mein Got! ich habe selbst einen Geistlichen gekant, der die in der Falle gefangenen Mäuse mit brennenden Siegellake zu seinem Vergnügen tödete, und man nente ihn
16 gleichwohl einen Mann nach dem Herzen Gottes. Wenn doch unter denen Gesezgebern ein neuer **Triptolem** gebohren würde, welcher, nach des PORPHYRIUS Berichte, denen Athenienseren nur drey Geseze gegeben, darunter das vornehmste war: ζωα μη σινεσθαι **kein Thier zu beleidigen.** Dieser wolte solche nicht einmal denen Göttern opfern. Er hielte für besser, den Himmel mit Früchten auszusöhnen. Allein, weil man nicht gerne Heyden höret, so verweise ich den Christen auf die allerlezten Worte im lezten Capitel des Propheten **Jonas**, da Got der Stadt Ninive, wo die Menschen so viel gesündiget hatten, um deswillen schonet, **weil viel Thiere darinnen.** Wer an Pein und Marter des Viehes ein Vergnügen findet, von dem kanst du sicher glauben, daß er mit eben der Wollust auch Menschen zerfleischen würde, wenn ihn Geseze, Gewohnheit und Strafe nicht hinderten.

17 Doch Bären, Hyenen, Löwen und andere schädliche Thiere, die mit den Menschen in beständigem Kriege leben, erlaubet das Ius Belli allerdings zu tödten, und wie bey Schifbrüchen und anderer Hungersnoth zuweilen selbst um die Menschen geloset wird, so ist zum nöthigen Unterhalte sich gegen das Vieh gleichen Rechts zu bedienen, nicht unerlaubt. Wer aber ohne diese Nothwendigkeit ein Thier quälet oder tödtet, der widerstehet den Absichten,

welche,

welche, um alles zu beglüken, die gröste Güte des Himmels bey Erschaffung der Welt sich vorgesezet. Welch ein thörigter Hochmuth, zu glauben, daß die ganze Welt blos um meinetwillen erbauet sey, da doch Gott für das Vieh nicht weniger Vorsicht träget:

Du Sonne wirfest ja mit gleichem Vater Sinn
Den holden Lebensstrahl auf alle Wesen hin.
Wir sind es nicht allein, den du Vergnügen göntest,
Auch Thiere solten seyn, die du beglüken köntest.

Der Mensch ist so gut des Viehes halber, als dieses um des Menschen willen 18
erschaffen, wie nachstehende Holbergische Fabel lehret. Ein Mastschwein sahe, wie vor seinem Schweinstalle die Sonne alle Morgen aufgienge, wie sie ihm Licht und Wärme mittheilte, und wie sie sich wieder verbarge, wenn es Zeit war auszuruhen. Es meynte also, diese Anstalt wäre blos zu seiner Bequemlichkeit gemacht. Es merkte auch, daß gewisse Leute alle Morgen den Schweinstal eröfneten, um es auf das Feld zu bringen. Diese Leute sahe es als seine bestelten Aufwärter an. Kurz es legte alles zu seinem Vortheil aus, und sahe sich für die Quintessenz aller erschaffenen Dinge an. Aber just da es für Hochmuth ganz auser sich war, kam der Schlächter. Diejenigen verdienen eben so ausgelacht zu werden, als das Mastschwein, welche meynen, daß unzehlbare Sterne ihrenthalben zur Zierde am Himmel gesezet sind, ingleichen die Cometen liesen sich nur diesfals sehen, um wegen gewisser vorstehenden Begebenheiten die Menschen zu warnen. Hol- 19
berg, dieser vernünftige Däne, scheint wider den Rechtsgelehrten CAIUM, welcher in L. 38. §. 1. ff. de vsuris versichert: *omnes res hominum gratia rerum naturam comparasse*, geschrieben zu haben. Allein was braucht es dieser Fabel, da Flöhe, Ratten, Wölfe, Fliegen, Läuse und Scorpionen Caium zur Gnüge wiederlegen.

Es fallen mir zum Beweise, daß die Unbarmherzigkeit gegen unschuldige Geschöpfe Got äuserst misfällig sey, auser obangeführten, noch einige Sprüche heiliger Schrift in die Hände; So wirft zum Exempel im 4 B. Mose 22. Capitel v. 28. 32. 33. der Engel des Herren dem Bileam vor, daß

20 daß er seine Eselin mit Unvernunft gezüchtiget: **Warum hast du deine Eselin geschlagen? Wo sie nicht vor mir gewichen hätte, so wolte ich dich erwürget und die Eselin lebendig behalten haben.** Hiernächst ist dieses ein Ausspruch der ewigen Weisheit: **Der Gerechte erbarmet sich seines Viehes, aber das Herz der Gottlosen ist unbarmherzig.** Im 8 Cap. des 1 Buchs Mose bestätiget Gott durch den Regenbogen seinen Bund nicht allein mit dem Menschen sondern auch mit den Thieren. Ferner wird im 5 B. Mose. 22. Cap. v. 6. 7. denen, so sich gegen die Thiere milde erweisen, langes Leben und Wohlergehen versprochen. Denn nachdem daselbst im vorhergehenden 4ten Verse gesaget worden, daß wer auf dem Wege einen Ochsen, Esel oder ander Thier fallen sähe, sich dessen nicht entziehen, sondern ihm aufhelfen solle, so fähret der heil. Geist fort und spricht: **Wenn du auf den Wege findest ein Vogelnest mit Jungen, und daß die Mutter auf denen Jungen sizet, solt du die Mutter fliegen lassen, auf daß dir es wohl gehe, und du lange lebest.** Sogar der Sabbath war dem Zugviehe zur Ruhe verordnet. 5 B. Mose 5. v. 14. **Am siebenden Tage solt du keine Arbeit thun, noch dein Ochse, noch dein Esel, noch alle dein Vieh.** Daß das Mitleiden gegen die vernünftigen Geschöpfe nicht ein Werk der Barmherzigkeit, sondern ein Werk der Gerechtigkeit sey, lehret der 39ste Psalm; **Herr, deine Güte reichet so weit der Himmel ist, und deine Gerechtigkeit stehet wie die Berge Gottes; Du hilfest beyde Menschen und Vieh;** und der 147ste **Der dem Vieh sein Futter giebet, den jungen Raben die ihn anrufen.** Ist es erlaubet einen apocryphischen Schriftsteller mit unter die heiligen zu mengen, so höre, was **Sirach** sagt: **Einen frommen Knecht habe lieb; hast du Vieh, so warte sein.** Im Jahr 787. wurde in England zu Merzig und Calcuth in Nordhumberland Concilium gehalten und in selbigen daß man den Pferden nicht mehr die Schwänze abstuzen solte beschlossen.

21 Non addo aliam nisi charissimi praeceptoris mei WINKLERI *in Institutionibus Philosophiae uniuersae p. 136.* propositam quaestionem: An exsatiandae curiositatis causa spirantes bestias et viuas cultro anatomico dilacerare liceat? quam vir sapientissimus praefracte negat atque WOLFIUM hoc permittentem refellit. Adsentior plane, quoniam incerti spe cuiusdam boni, non quae certa sunt, mala perpetrare debemus. Quid enim quaeso hoc aliud nisi: *Faciamus periculum in anima vili.* Non potest hoc improbare, qui illud suadeat. Quamobrem si

contra

contra studiosum medicinae aut chirurgum talia denuncientur, vix dubium quin dicasterium ita pronunciaturum sit: Daß ihm sein grausames Beginnen unter der Verwarnung, daß er bey Vermeidung nachdrücklicher Ahndung, künftig davon abstehen möge, alles Ernstes zu verweisen, er ist auch die auf diese Untersuchung verwanten Unkosten abzustatten schuldig, Von Rechtswegen. Si rationes decidendi postules, te ablego ad *can. I. dist. 14.* et ad inferiorem nostram Obs. DXXII.

OBSERVATIO CCLVII.

Donationem propter nuptias morte mariti interire Carpzouius peruerse statuit.

Vidua dotalitium repudians et sua repetens, praeter dotem etiam donationem propter nuptias exigit, si talis promissa sit.

Neque tamen hanc donationem a feodali sed allodiali successore postulat.

Viduam illata repetentem praeter dotem etiam promissam donationem propter nuptias exigere, praeter BARTHIVM *de Gerada c. 6. §. 35.* etiam hoc Facultatis Iuridicae Lipsiensis Responsum anno 1766. mense Septembri emissum abunde probat: Obwohl einige Rechtsgelehrten: 1

CARPZOV Constit. 42. P. 2. defin. I. num. 8.

daß nicht allein nach Absterben des Eheweibes das Gegenvermächtnis auf deren Man oder dessen Erben wieder zurück kehre, sondern auch daß in dem andern Falle, wenn der Ehemann zuerst verstirbet, die Witwe weiter nichts verlangen könne, behaupten, als welches auch denen Römischen Rechten

L. vn. §. 6. C. de rei vxor. act. Cap. fin. X. de donat. inter vir. et vx. MEIERI Colleg. Argentorat. lib. 23. tit. 3. §. 37.

ziemlicher maasen gemäß ist,

Dennoch

2 Dennoch aber und dieweil dasjenige, so Carpzow an angezogenem Orte lehret, von andern Rechtslehrern und unter solchen dem LVDOVICI in Doctrina Pandectar. lib. 23. tit. 3. §. 10. mit tüchtigen Gründen widerleget worden, quoniam hac ratione donatio nullum haberet effectum, siquidem vxor iam sine hac securitate per donationem propter nuptias quaesita, tacitam hypothecam, immo ius praelationis, in bonis mariti habet, also nach heutigem, besonders Sächsischem Gerichtsbrauche die Witbe das Gegenvermächtnis als ihr Eigenthum überkommet,

STRYK. Vs. Mod. lib. 23. tit. 3. §. 18.

immasen sie, wenn nach des Mannes Tode ein Concurs entstehet, wegen des Gegenvermächtnisses, in ihrer behörigen Ordnung, wiewohl in Chursachsen nur unter denen gemeinen Gläubigern, angesezet wird, und wohl zu erwegen, daß die Römische und eigentlich sogenante donatio propter nuptias heut zu Tage nicht mehr üblich, sondern eine ganz andere teutsche Gewohnheit durch Mißbrauch dieses Namens fälschlich also benennet wird,

HEINECCIVS El. Iur. Germ. P. I. §. 250. ENGAV Elem. Iur. Germ. lib. I. §. 392.

Welches obangezogener Carpzow nicht erwogen, sondern solche Besserung des Ehegeldes, in Ermangelung satsamer Kentniß derer in heutigen Tagen näher aufgeklärten teutschen Gewohnheiten, lediglich nach Römischen Maas-Stabe abgemessen hat; Endlich da der Ehemann seinem Gemahl das Gegenvermächtnis besonders und ohne Rüksicht oder Erwehnung des Leibgedinges schlechterdings versprochen; So ist ꝛc.

3 Attamen cum donatio propter nuptias non sicuti dos, feodale debitum dici possit, dotem quidem vidua a successore in beneficio clientelari, donationem propter nuptias autem ab allodialibus heredibus petet.

4 E contrario vero, si dotalitium semel elegerit, ius viduae non est donationem propter nuptias ab heredibus allodialibus exigendi, quoniam per dotalitium dos, simulque haec donatio propter nuptias, plane absorpta, penitusque deleta est.

OBSERVATIO CCLVIII.

Si apostoli non petantur appellatio deserta.
Excipe si tantum euentualiter interposita fuerit.
Vt instanter, instantius et instantissime petantur, opus non est.
Omnia fatalia saluantur si iudex sponte sua faciat, quod non debebat nisi rogatus.

Quae in rubrica dicta sunt, rescriptum regium ad nostrum collegium declarat, huius sententiae: Hochgelahrte, liebe getreue; Nachdem Zweifel vorfallen wollen; ob ein Appellant, der in seiner Schedula Appellationis, ohne sich der Formul: instanter et saepius, oder instantissime zu bedienen, um Apostolos angesuchet, dieses Suchen auch binnen Monats Frist nicht wiederholet, dadurch seine Appellation deseriret habe? So haben Wir aus unterschiedener bewegender Ursachen und um mehrerer Gewißheit willen, euch Unsere gnädigste Willens Meynung dahin zu eröfnen vor nöthig gefunden, daß wenn nur der Appellant in seiner Schedula appellationis um Apostolos angehalten haben wird, solches vor sufficient, und die eingewante Appellation in ihren Formalien vor beständig geachtet werden sol, wenn er auch gleich dabey obiger Formuln sich nicht bedienet, noch binnen monatlicher Frist das Ansuchen dießfals wiederholet hätte; Wornach ihr euch in Urtheln und Rechtsprechen bey allen vorkommenden Fällen gehorsamst zu achten habet. Daran geschieht Unsere Meynung. Datum Dreßden am 21. Februarii, Anno 1735. Hoc rescriptum *Supplem. C. Aug. tom. 1. pag. 301.* insertum eoque generale euasit: Ex hoc rescripto patet eos in errore versari, qui fatale petendorum apostolorum penitus abrogatum putant, neque id ex *O. P. R. ad tit.* XXXV. elici potest. Si vero intra mensem iudex sua sponte apostolos ablegasset, hoc vitium purgatum *Berger El. Disc. F. tit. 35. §. 13. pag. 620. Riuin. tit. 10. Enunc. 30.* Nos senatui liberae ciuitatis Muhlhusanae respondimus: dieweil dieses Fatale zur Ehre des Unterrichters eingeführet, mithin wenn er dessen Unterlassung in seinen Berichte nicht rüget, er sothane Vernachläßigung sich nicht zu

Gemüthe gezogen als in welchem Falle die Hintansezung des gebührenden Respekts allererst strafbar wird.

Si autem tantum euentualiter interposita appellatio, ob apostolos non petitos deserta non iudicatur. WERNHER *P. 4. Obs. 102.*

OBSERVATIO CCLIX.

In variationibus et contradictionibus delinquentium atque testium non omnia nimis rigide ad viuum resecanda.

Tortura in locum Ordalium reducta.

1 Variationes testium non semper mendacii argumentum esse, cum dico, vereor ne contra me insurrecturi sint theologi, mihique Danielis de Susanna iudicium obuertant. Narrabo historiam: Pulcherrima mulier Susanna accusabatur adulterii per duos sceleratos non solum, sed, vt euentus docebit, stupidissimos homines qui asserebant, se Susannam vidisse in horto sub vmbra arboris cum iuuene iacentem. Condemnabat mulierem populus, vt lapidibus obrueretur. Nempe natio prae caeteris impudica et impura quam maxime, impudicitiam non putabat aliter expiari posse, quam sanguine, horrendo quidem lapidationis supplicio. Succurrit prostratae Daniel alte hoc verissimum vociferans: O populum dementem, qui damnat re obiter explorata, atque denuo separatim examinans testes, vnum interrogabat: Sub quanam arbore deprehendisti? Ille vero: sub tilia. Nunc arcessit alterum atque idem interrogat. Hic vero: vidi iacentem sub quercu. Tunc populus plaudens celebrat Danielem et sine mora Susannae loco nunc testes iugulat. Non probauerim Danielis iudicium in ciuili causa, quoniam intentus in rem principalem et memoratu dignam testis vt plurimum caeterarum rerum, quae sunt nullius momenti, incuriosus est, nec video quare inutilis error utilem scientiam debeat vitiare. Multum in hoc Danielis pariter atque in famosissimo Salomonis iudicio fortuna ingenium iuuit. Quid enim si vel unus testium respondisset: se arboris speciem haud obseruasse. Quid tunc Daniel? Quoniam tamen iure crimi-

criminali ad liberandam ream ob uariationes Daniel noſter teſtimonia reiecit, laudo. Quid enim ego ad ſaluandum reum eumque morti eripiendum non admiſerim? Vnde in hoc exemplum velim omnes ſanguinolentos rerum criminalium iudices, qui ſub larua pietatis trucidant, intueri et illud imitari. Sed in cauſa ciuili, aut etiam in criminali, ſi non ad liberandum reum teſtimonium dicatur, non multum curabo huius modi diuerſitates, ſed in rebus minutis obuenientes teſtium variationes inſuper habuerim. Neque enim impedit in obſeruandis rebus exiguis teſtium leuitas, quo minus in re principali, in qua cardo verſatur, vera enarrare poſſint. Nempe dico iterum, rerum nullius momenti neglectam diligentiam, nolim nimium attendi; aliud ſi in re principali teſtes diſcrepent. Nam ſi unus teſtis dixiſſet Suſannam adulteratam eſſe in horto, alter vero eandem, uno eodemque tempore vidiſſe in horto iacere, tunc nihil valiturum erat eorum teſtimonium, quoniam non in rebus acceſſoriis, ſed in principali cauſa diſſenſiſſent.

Similis ratio, ſi delinquentes in ſuis reſponſionibus varient. Nemo quidem dubitauerit, reum criminis, ſi ſaepius ſibi contradicat atque in rebus ad cauſam quam maxime pertinentibus, quae neceſſario ipſi conſtare debebant, haeſitet, non tam ob hanc ſolam haeſitationem, quam potius, ſi praeter eam alia indicia vel leuiora acceſſerint, torturae ſubiiciendum eſſe. Animaduerti tamen, hanc regulam, quae ipſa non omni exceptione maior eſt, eos non ſatis cauta circumſpectione applicare, qui ab inquiſito hoc fere exigunt, vt horam, diem ac leuiſſimas locorum, perſonarumque circumſtantias digito enumeret, et tanquam frequenti repetitione memoriae has firmiter impreſſiſſet antea, ſine vlla cunctatione recitet. Siccine putas quemquam ſtatim in numerato habere res nauci vt plurimum, quas nemo, niſi qui valde ſit non ſolum memorioſus, verum etiam ad haec notanda otioſus, obſeruauerit. Volunt tamen illi reum omnia verba, quae ipſi aut alteri exciderunt, immo ſyllabas tenere. Vae miſero ſi dubitet aut ſibi contradicat! illico enim ad forcipes, ad equuleum conclamatur. Saepe ego quoties talia audiui, animo meo caſum et fatalitatem graphice depinxi, quam habiturus eſſem, ſi occulti criminis innoxius accuſer atque ipſe reſpondere iubear de rebus iam dudum memoria elapſis. Neque enim dies obſeruare ſoleo, quid? ne annos quidem, neque in vita quoti- 2

 diana,

diana, quae heri egerim aut pridie, vbique ſatis certe ſcire, ſed, reprehendentibus hanc negligentiam atque incuriam familiaribus, facile in rebus huiusmodi quaedam confundere. Si ergo ob variationes ſuas quis equuleo ſubiici debet, id ſane non niſi ob magnas, inſolitas, rem ipſam attingentes et multiuarias aberrationes et palpabiles manifeſtasque contradictiones fieri debet, nec aliter quam ſi aliae cauſae concurrant. Nolo exſcribere, quae CRELLIVS *in Diſputatione de ignorantia furti proprii interdum innocua* de ea re diſputauit, nec non quae infra Obſeru. CCCCXVIII. afferemus. Attamen non tam his exemplis, vt parcius delinquenti variationes vitio vertam, quam potius meo ſenſu; inprimis autem Itali ſapientiſſimi verbis admoneor. Nempe illuſtriſſimus Marchio DE BECARIA Mediolanus in libro *de Delictis et Poenis* nuperrime edito, verbis germanice verſis ita philoſophatur.

4 Man erkennet die Folter zu, weil der Angeklagte in Widerſprüche verfallen; gleichſam als wenn die Furcht für der Strafe, die Ungewißheit, die Feyerlichkeit des Gerichts, und das große Anſehen, ſo ſich der Richter giebet, nicht die furchtſame Unſchuld ſowohl, als das Verbrechen, welches ſich zu verbergen ſuchet, zu Widerſprüchen verleiten müſten, und als wenn die Widerſprüche, die dem Menſchen bey völliger Gemüthsruhe ſo ofte entfahren, in einer Seele, die gänzlich in den Gedanken, ſich aus einer bevorſtehenden Gefahr zu retten, vertiefet iſt, ſich nicht vervielfältigen müſten. — — Strenge Gemüther, die, ohne auf menſchliche Schwachheit einen Blik zu werfen, mit der Folter ihr Spiel treiben, ſolten billig beherzigen, daß die Peinlichkeit ein ſicheres Mittel ſey, die ſchwächliche und empfindliche Unſchuld zu verdammen, hingegen ſtarke Böſewichter von Strafen zu befreyen. Von zween Menſchen, die gleich unſchuldig oder ſchuldig ſind, wird der Starke und Muthige losgeſprochen werden, der Schwache und Furchtſame aber unglücklich ſeyn. Jeder Richter, ſo einen Angeſchuldigten zur Peinlichkeit verdammet, ſpricht in der That nichts anders, als folgendes zu ihm: Wirſt du ſtark, verſtokt und hartnäkig ſeyn, ſo wil ich dich von aller Strafe frey ſprechen; biſt du aber furchtſam, empfindlich und zu ſchwach, denen Schmerzen zu widerſtehen, ſo wil ich dich verdammen. Vortrefliches Kentniß der Wahrheit, ſo von den Fiebern und Muskeln eines Unglüklichen, den man auf die Folter ſpannet, hergenommen wird. Dies Mittel die Wahrheit zu entdeken, iſt ein annoch fortdauerndes Merkmal jener barbariſchen Verfaſ-

ſung,

ſung, in welcher man die Feuerprobe, das ſiedende Waſſer, oder den ungewiſſen Ausgang eines Zweykampfes Gerichte Gottes nante; gleichſam als wenn die Glieder der ewigen Kette, die ihren Urſprung aus Gott hat, ſich thörigter menſchlicher Einrichtungen halber alle Augenblike trennen könten.

Ipſe ego ex actis iudicialibus multoties obſeruaui, Inquiſitos in 6
pleniſſimo confeſſionis ſtatu, cum mori cuperent, adeoque omnia candide atque ſincere affirmarent, quaecunque perpetraſſent, multis tamen in rebus, iisque principalibus, ſibi contradicere et res ſaepe negare, non poenae declinandae cauſa, quam etiam expoſcerent, ſed memoriae infirmitate aut etiam iudicis, in examinando aut ſcribendo non ſatis prouidi, vitio.

Caeterum quod Italus ille ait, in locum purgationum vulgarium 7
ſubſtitutam eſſe torturam, iamdudum probauit inter noſtros BOEHMER in *Elem. Iur. Crim. Sect. I. c. 13. §. 229. et* GRIBNER *in Progr. de vſu tormentorum apud Atheniens.* Sic foeda mater filiam peperit in tenebris inuenuſtam atque adſpectu ita vt auditu teterrimam. Haec autem, cum non propoſitum noſtrum ſed iurisprudentiam legislatoriam tangant, in praeſenti non proſequar, immo potius in delictis atrocibus, qualia ſunt latrocinium, veneficium, incendium, tormenta non diſſuaſerim, ſi modo ſecundum regulam, quam infra in Obſeruatione CCLXXXVII. ſuppeditabimus, prouide et timidiuscule omnia prius expendantur, ne ex fragili remedio, ſed acerbo tamen, ludus et pila fiat.

Quod autem teſtes attinet, placet omnino, quod ex Specimine 8
285. medit. 3. adſcribam, LEYSERI iudicium: *Animaduertimus*, inquit, *ſaepe in actis, quae ad nos mittuntur, teſtes, quibus nulla de caetero ſuſpicio obiici poteſt, factum ipſum vero ſimiliter ſatis narrare, ſed in circumſtantiis leuioribus e. g. colore veſtis, qua Caius indutus fuerit, de ipſis verbis quibus in paciſcendo vſus ſit, interrogatos falſum quid et fidei actorum contrarium enarrare. Duriſſimum foret, eos ex hoc ſolo mendacii et periurii argui, quum iſtiusmodi errores non raro ex ſola memoriae infirmitate proficiſcantur. Excutiat ſe ipſum vnusquisque et inueniet profecto, vera eſſe, quae dico. Adſumus nonnunquam in actu etiam ſolemni, omnia quae principaliter geruntur, accurate obſeruamus, caeteras circumſtantias adſpicimus etiam, audimus verba, ſed obiter, nec altius ea in mentem demittere*

 aut

aut memoriae infigere laboramus. Restat igitur confusa eorum omnium imago in animo nostro, quae, si post aliquod temporis interuallum non plane elabitur, fallit tamen et decipit nos ipsos facillime, vt deinde aliud nos audiuisse, vidisseque, quam quod vere audiuimus et vidimus, nobis persuadeamus et aliis etiam persuadere audeamus. Agnoscunt hanc hominum imbecillitatem iurium nostrorum conditores excusantque, et iustum errorem a mendacio et calumnia distinguunt in L. 1. §. 3. ff. ad SCt. Turpill. Nuper iuris perito Dantiscano ita respondimus: Und was die Zweifelsgründe in bemerkten Widersprüche anbelanget, solche meist in Zahlen und solchen Dingen worinnen man sich leicht irren kan, bestehen, sowohl auf diese Art daß — — — leicht gehoben werden können, und nicht so fort für einen Widerspruch zu achten, wenn der Zeuge selbst seine vorige Aussage erleutert oder daß er sich in Anfange geirret habe, zu erkennen giebet, wie denn dieses ein gewissenhafter Mensch sogar zu thun verbunden ist, und zu solchem Ende die Aussage dem Zeugen vor der Vereydung nochmahls langsam und deutlich vorgelesen werden sol, damit, wenn etwas falsch niedergeschrieben, oder der Zeuge sich geirret, oder undeutlich geredet, er dieses annoch abändern könne.

Nihil facilius percontanti quam testes perturbare, vt si interrogatorium ei nimis longum multisque propositionibus onustum fraudulenter proponatur, quarum priores nesciant, vltimas autem quae periodum claudunt, sciant, videas totum interrogatorium affirmare. Haerent enim quae vltimo audiuntur *c. 54. de consecr. distinct. 2.* Immo prudentiores haerent, si super tribus quatuorue rebus vna responsione congrue verum exponere debeant, multo magis rustici, qui saepe ne vnam quidem capiunt. Hinc miscella interrogatoria captiosa nec a fraudis suspicione aliena *(Obs. DXIX, n. 13.)*

Bene et eleganter scriptor gallicus: *L'interrogé ne peut répondre que sur les questions qui lui sont faites, toute autre digression lui est interdite; et un interrogateur adroit peut trouver vn innocent ou un coupable. Le greffier rédige le tout, y met le style et souvent fait signer au malheureux, qui tremble et qui ne connôit point la force des termes, le contraire de tout ce qu'il a dit. Dujonquai ne fût-il pas force d'auouer sous le bâton d'un exempt de police, ce qu'il nia toujours depuis auec fermeté?*

Quand sur le fait, le préuenu se contredit dans deux interrogatoire, il est véhement soupçonné; cette preuue est regardée plus forte que le témoignage

d'un

d'un homme, et le code criminel veut qu'on l'applique a la question. Mais ſi ces contradictions ſont vne ſuite de la mauuaiſe foi; ne peuuent-elles pas auſſi être dictées par la peur, l'inquiétude, la crainte même de ſe mal iuſtifier, puisque maints exemples doiuent faire trembler l'innocent? Et dans l'incertitude du motif de la contradiction, le juge ou la loi doiuent-ils ordonner vne torture bien plus effrayante encore pour l'innocent, et dont le coupable pourra peutêtre ſoutenir la rigueur?

Saepe etiam teſtes in rebus accidentalibus aberrantes non tam contradicentes ſibi, ſed potius ſingulares ſint *(Obſ. CCXI. s. v. ſingulares)*. Vide infra Obſeruationem CCLXXXVII.

OBSERVATIO CCLX.

Filius, ſi vel propriam matrem vel nouercam pulſauerit, ob id a patre exheredari nequit.

Tametſi in *Nouella 115. cap. 3.* exheres filius ſcribi poſſit, ſi parentibus ſuis manus intulerit, facile tamen animaduertimus plurali numero vſum eſſe Imperatorem non ideo, quod patri, ſi forte matrem graui iniuria liberi affecerint, exheredationem permiſerit, ſed vt matri quoque hanc vindictam aſſereret, ſi ipſa graui iniuria a liberis caeſa ſit, nempe vt ipſa quoque eos exheredes ſcribere poſſet. Adeoque hic pluralis numerus in ſingularem reducendus. Non nego quidem maritum etiam caeſa vxore iniuria affici: ſed talis iniuria, quae indirecte demum patrem ferit, atrox vix putabitur, quae ſola exheredationem meretur. Vnde in ea haereo ſententia: non licere patri exheredare liberos, ſiue illi matrem ſuam ſiue nouercam verberauerint. In poenalibus enim et odioſis omnia coarctanda potius, quam damnoſa interpretatione dilatanda.

OBSER-

OBSERVATIO CCLXI.

Medicastris pro curatione nec sostrum nec herbarum pretium debetur.

1 Cum quas imperiti homines, credulitate vulgi non raro celebres, temere curationes suscipiunt, plenae tristissimi euentus esse soleant, leges nostrae se contra hos reipublicae hostes iamdudum exarmarunt. C. C. C. art. 134. ibi: leichtfertige Leute, die sich Arztenen unterstehen die sie mit keinem Grunde gelernet haben. Interea tamen non raro quaestio incidit: si voluntate aegrotorum et pacto pretio arcessiti fuerint, sostrumne iure petant? Videbantur nobis quondam, si poena legibus statuta ab iis exigeretur, de caetero sostri non incapaces esse; aut si etiam hoc statuere velis, tamen quod sua pecunia ad hanc curationem impenderint, ne sanatus cum vero illorum damno lucri potiatur, hoc saltim iure iis deberi. Attamen re rectius perpensa, nec agyrtis, nec opilionibus, nec pharmacopoeis, neque carnificibus, si chirurgiam aut medicinam fecerint, pro sua opera quicquam exigere permissum, immo
2 ne chirurgis quidem, si interna remedia dederint. Idque eo vsque placuit, vt ne quidem emtarum sua pecunia herbarum, aliarumque expensarum pretium iis adiudicetur, quia ex sua improbitate nemo quicquam consequi debet, *L. 134. §. 1. ff. de reg. iur. L. 12. §. 1. ff. de furt.* modo, quod herbarum pretium attinet, pharmacopoeos excipias, quoniam his medicamenta vendendi ius datum atque concessum. Itaque ei, a quo petitur, statim exceptio turpis vel iniustae causae in promtu erit. Sane, quod quis sua culpa sibi contraxit damnum, sentire non videtur, quoniam satis inter omnes constat, facta aut data turpiter donata censeri.

3 Vnde LVDVEGIVS in Institutionibus Medicinae forensis §. 150. ita scribit: *Medicastri, cum in re illicita versentur, nec sostrum nec medicamentorum exhibitorum pretium exigere possunt.* Nos vero mense Ianuario 1767. ita pronunciauimus: Daß Klägers Suchen, weil er einen Wundarzt abzugeben unbefugt, nicht stat hat, es werden aber die auf diesen Proceß verwanten Unkosten billig gegen einander aufgehoben.

Scilicet modi, qui moraliter fieri nequeunt, omnino sunt natura impossibilibus aequati, quam ob rem rationes mihi subducere hoc modo liceat: Omnis turpitudo res est moraliter impossibilis; *L. 15. ff. de condit. Institut.* Qui vero aliquid sub modo impossibili, cum harum rerum nulla sit obligatio, promisit, non consensisse videtur; §. 24. *Institut. de inutil. stipul. L. 26. ff de verb. oblig. L. 7. §. 3. ff. de pactis.* Ergo cum contractus in iuris sensu nullus intercesserit, consequens est, neque ex eo quicquam peti posse, id quod nobis demonstrandum erat. Quaeso te, anne ab eo, qui: *dabo decem, si patrem ferieris, si tuam mihi vxorem per vnam noctem commodaueris, si nudus in foro saltaueris* promisit, aliquid iure exigendum existimas, etiamsi alter haec impleuerit? Quid quod, si quis curationis nomine agyrtae iam quid dederit, repetitioni locus, quoniam non in dante, sed in solo accipiente, turpitudo sedet. Mense Februario 1780. Praefectus Rochsburgiensis Facultati Lipsiensi Acta gregarii militis Doberentii contra colonum Vngerum mittebat, in quibus dictus miles nomine Doberentius sequentem actionem mouebat: Es habe beklagter Daniel Unger gegen ihn fast mit Weinen geklaget, daß er das Brandewein Saufen nicht lassen könne, er möge es auch anfangen wie er wolle; er sähe es selbst ein, daß er dadurch in Schulden gerathe, seine Familie an Bettelstab bringe, endlich das Guth verlassen und davon gehen müsse. Aber er könne sich nicht helfen, habe zwar dießfalls fleißig und inbrünstig zu Gott gebethen, aber es sey alles vergeblich. Hierauf habe Kläger sich aus Mitleiden und wahrer Menschenliebe erbothen, ihm unter folgenden Bedingungen 1) daß Beklagter ihm für die Heilung 2 Speciesthaler geben, und 2) daß er ein Nösel von einem geheimen Trank trinken, und weil der Trank in etwas wiedrig schmecke bey der geringsten Verweigerung sich alsdenn Ohrfeigen und Stöse gefallen lassen müsse, zu helfen. Unger habe sich dazu und auch zu den Prügeln verstanden, weil solche doch einmal zur Cur gehörten; Kläger habe dabey Aufwand und viel Mühe gehabt, weil die Cur ganze 4 Stunden gewähret, Beklagter besaufe sich auch jezo nicht mehr, wolle ihm aber gleichwohl die 2 Speciesthaler nicht bezahlen. In Termino praefixo fol. 5. Actorum haec registratura legebatur: Ob nun wohl gleich Beklagter das gethane Versprechen, desgleichen daß er von Klägern Arztenev, daneben auch Stösse und Prügel genug gekriegt, so daß er wohl vierzehn ganzer Tage sie gefühlet, einräumte, so wolte er doch Klägern nichts zu gestehen, denn seine Cur sey nichts; Er könne wieder Brandwein trinken, und wenn es verlanget

würde, so wolte er sich gleich wieder besaufen. Ad haec petitor fol. 6. Die Cur sey gut und habe sie einige Jahr wieder gehalten; solte jezo ein Rückfall kommen, so erböthe er sich Beklagten für 2 Species Thaler noch einmal in die Cur zu nehmen. Porro eodem in folio: Beklagter gestand zwar nochmals zu, daß ihm einige Jahre nach besagter Cur der Brandewein nicht so lieb gewesen, als sonst; versicherte aber doch hierbey, daß ihm jezt der Brandewein wieder so gut schmecke, als vor der Cur. Post haec in illis iucundissimis actis audiebantur testes, qui haec deponebant: Es sey an dem, daß Beklagter Unger vor der Cur sich fast alle Tage in Brandewein besoffen, es sey auch ferner wahr, daß ihn seit der Cur niemand betrunken gesehen, ob aber dieses dem Tranke zuzuschreiben, das wüsten sie, Zeugen, nicht; Es sey auch falsch, daß Unger den Brandewein weder sehen noch riechen könne, sondern es sey vielmehr bekannt, daß derselbe dann und wann davon ein Gläsgen trinke, jedoch nehme er davon über die Gebühr nichts zu sich, sondern trinke ordentlich, wie ein anderer Nachbar.

Haec testes asserebant petitori satis propitii. Doleo autem adhuc vices et sortem artificis nostri, vtpote qui repulsam ferebat ex argumentis nostrae Obseruationis, compensatis tamen expensis.

5 Placent quos adscribam de imperitis hisce PALINGENII in Zodiaco vitae versus:

Carnifices hominum sub honesto nomine fiunt.
O miserae leges, quae talia crimina fertis!
O caeci reges, qui rem non cernitis istam!
Vos, quibus imperium est, qui mundi fraena tenetis
Ne tantum tolerate nefas, hanc tollite pestem,
Consulite humano generi. Quot nocte, dieque
Horum carnificum culpa mittuntur ad orcum?
Vel perfecte artem discant vel non medeantur.
Nam si aliae peccant artes, tolerabile certe est:
Haec vero nisi sit perfecta, est plena pericli.

Vide omnino inferiores Obseruationes DIV. et DV.

OBSERVATIO CCLXII.

Iurisiurandi delatio ſuper dolo aut blanditiis locum quando habeat?

Iurisiurandi delatio nimis generalis reiicitur.

Iusiurandum interdum etiam ſuper propoſito in mente retento deferri poteſt.

Item in cauſis famoſis ſuper propria turpitudine v. c. ſuper dolo et metu iniecto.

Si quis generatim dicat: teſtatorem ad condendum teſtamentum alterius dolo aut blanditiis inductum eſſe, ſuſtineri poterit libellus, ſi iusiurandum delatum non fuerit, quoniam quales blanditiae fuerint? in futura probatione clarius deduci poteſt. Si autem quis iureiurando vti velit, ſpeciatim in libello exprimere debet, quibus potiſſimum perſuaſionibus alter vſus fuerit, vt iudex, quoniam non omnis perſuaſio teſtamentum vitiat, de blanditiarum qualitate et dolo arbitrari poſſit. Id ſi petitor non fecerit, ob generalitatem libellus reiicitur. Vid. infra Obſ. CCCCXXVIII. RIVINVS *tit. 18. Enunc. 10.* Finge in ſimili cauſa v. c. in actione iniuriarum aeſtimatoria actorem libellum ita propoſuiſſe: Es hat mich Beklagter geſchimpft: Si iusiurandum deferat nec qualis iniuria fuerit, exprimat, haec iurisiurandi delatio non tenebit *L. 7. ff. de injur.* Similiter in noſtra cauſa, cum valde difficile ſit artes captatorias licitas ab illicitis diſtinguere, non debet ipſe actor ſed iudex debet de perſuaſionibus aut dolo cognoſcere. *Obſ. inferior CCCCXXVIII.* Rationes decidendi tales circiter: Dieweil bey der Gewiſſensrührung, damit theils die Gelegenheit zu ſelbſt eigner im Sinne behaltener Auslegung des Schwures vermieden, theils aber auch der Schwörende durch dergleichen zweifelhafte Redensarten, welche mancherley Sinn in ſich faſſen, und auf dieſe oder jene Weiſe erkläret werden können, nicht alzu ſehr beläſtiget werden möge, die Säze, worüber geſchworen werden ſol, deutlich und beſtimmt, nicht aber ſchwankend abgefaßet werden müſſen.

Nos mense Iulio 1767. ita respondimus: Ist Cajus Sempronio einen Hauptstam von 15204. Thlr. schuldig verblieben, welchen er so wenig als die Zinsen abgetragen, so daß zulezt auf 6000. Thlr. bloß an Zinsen verfallen gewesen, da denn Sempron diesen Schuldner verklaget und ein beyfälliges Urthel nach dem andern erhalten, doch ehe solche die Rechtskraft erlanget, hat Cajus durch seinen Gevollmächtigten mit Namen Paul einen Vergleich unter der Bedrohung antragen lassen: daß wenn vorbemeldeter Gläubiger noch ferner in ihn dränge, er genöthiget werde, sich nach dem Banqueroutier Mandate anzugeben, auf welchem Fal denn Sempron seine ganze Forderung einbüssen würde, da hingegen, wenn lezterer etwas schwinden ließe, jemand vorhanden sey, der Cajum von dem Baquerout retten wolte, worauf Sempron, durch diese Vorspiegelung hintergangen, mit jenem einen Vergleich getroffen, und nicht allein 3000 Thaler am Hauptstamme, sondern auch sämtliche Zinsen an 6000. Thaler erlassen, darinnen er auch der Ausflucht des Irrthums und gebrauchter Gefährde völlig entsaget, nachdem aber nach der Hand, daß die gebrauchte Vorwendung, als ob ersterer bey fernerer Eindringung den Concurs eröfnen lassen müste, falsch befunden worden, so ist:

Ob der Gläubiger wegen Aufhebung des Vergleichs klagen, auch dabey der Gewissensrührung sich gebrauchen möge?

rechtlicher Unterricht von nöthen.

3 Ob nun wohl, wenn die Klage auf die arge List mit Angabe genauer Umstände, als welches schlechterdings von Nöthen,

WERNHER P. 1. Obs. 86. P. 2. Obs. 408. P. 3. Obs. 84. P. 9. Obs. 153.

gerichtet, und darinnen besonders angegeben wird, daß wenn auch der Gläubiger weiter auf die Bezahlung gedrungen hätte, gleichwohl Caji Vermögens Umstände zu Bezahlung dieser Schuld, ohne daß ein Concurs entstanden wäre, zugereichet, Cajus auch den Willen bonis zu cediren, nie gehabt, sondern dieses nur fälschlich, um durch diese arge List Sempronen einen Vergleich abzunöthigen, vorgegeben, übrigens aber wohl gewust habe, daß er auf diese oder jene Art, ohne ein solches der guten Leimund nachtheiliges äuserstes Mittel, sich werde zu helfen gewust haben, sothane auf vorgeschriebene Art eingerichtete Klage für unschlüßig keinesweges zu halten, nam dolus est omnis

machi-

machinatio ad decipiendum alterum adhibita et toties obuenit quoties aliud agitur, aliud ſimulatur,

L. 1. §. 2. ff. de dolo. CICERO *de offic. lib. 3. cap. 14.* NOODT *de formula emend. dol. mal. per tot.*

und die Regel naturaliter licere contrahentibus ſe circumuenire nur bey dem Werthe derer zum Kauf aufgeſtelleten Sachen eintrift,

L. 16. §. pen. ff. de minor.

wie denn auch die aus arger Liſt entſtehende Klage, wenn ſie als eine actio in factum angeſtellet wird, an die zweyjährige Friſt nicht gebunden, übrigens wenig zur Sache thut, daß in dem Vergleiche nicht der Ausbruch eines Concurſes, ſondern ein ganz anderer zum Bewegungs Grunde angegeben und ausdrüklich geſezet worden: daß weil der dißfals bereits von Sempronen wider Cajum angeſtelte Proceß den Anſchein einer langen Dauer und unbeſtimmeten Ausganges gewonnen und beyde Theile, die einer Seits mit dem Streite Rechtens verknüpfte Beſchwerlichkeiten, auf der andern Seite hingegen die Vorzüglichkeiten eines gütlichen Abkommens erwogen, nach gepflogenen Unterhandlungen der Vergleich volzogen worden ſey, ſintemalen ganz gewöhnlich, daß weil einmal abgeredte Contracte denen Rechtsgelehrten, ſelbige nach ihrer Art ins Reine zu bringen überlaſſen werden, ſelbige die eigentlichen Bewegungsgründe, zumalen wenn ſolche denen Principalen beyderſeits zu keiner Ehre gereichen, oder ſonſt, dieſelben zu verheimlichen, Urſache vorhanden iſt, meiſtentheils zu verſchweigen, und dafür andere anzugeben pflegen, ſo dann wenn durch die Gewiſſensrührung, wie Caji arge Liſt der einzige Bewegungstrieb des Vergleichs geweſen, dargethan, daß die in der darüber gefertigten Urkunde angegebene Urſache falſch ſey, ſich von ſelbſt erlediget, auch wenn Cajus bey der Einlaſſung dolum ableugnen ſolte, dieſes als eine peremtoriſche Ausflucht, deren er wegen ſeiner Verneinung verluſtig wird, zu betrachten ſtehet, und Sempron ſich darauf kaum einzulaſſen nöthig hätte, zumal da die Proceß Ordnung ad tit. 25. §. 6. die rechtliche Ausführung, daß die Sache anders niedergeſchrieben und anders verhandelt worden, auch wider eine klare Urkunde mittelſt ordentlichen Proceſſes auszuführen nachläſſet. Sodann 4
was die Gewiſſensrührung anbetrift, ſolche auch ſuper propoſito in mente retento gewiſſermaaſen ſtat findet, weil auſerdem niemals die eingejagte Furcht, gebrauchte Gewalt oder aber auch des Gegentheils boshafte Gefärde durch

durch solches Beweismittel beygebracht werden könte, welches aber gleichwohl täglich geschiehet, sintemalen wenn schon einige Rechtslehrer

CARPZ. Resp. 44. n. 7. Resp. 45. n. 14. BARBOSA Th. s. v. Turpitudo. LYNKER Decis. 1127.

aus dem Grunde, weil nach Maaßgebung cap. 54. X. de elect. cap. 9. X. de poenit. et remiss. sich niemand selbst anzugeben und seine eigene Schuld zu eröfnen gezwungen werden sol, die Eides Delation in solchen Fällen für unzuläßig halten, gleichwohl in L. 3. §. 1. ff. de. iureiur. das Gegentheil enthalten, wannenhero mit bessern Gründen

HORN Class. 15. Resp. 12. num. 8. MENKE Pand. lib. 12. tit. 2. §. 34. LEYSER Specim. 135. Med. 9. WERNHER P. 4. Obs. 192.

und erwehnter Carpzow, der in Processu tit. 11. art. 1. num. 60. seq. sich selbsten abfällig wird, die Gewissensrührung in Civil Ansprüchen, und daferne nicht peinlich geklaget, in solchen Fällen stat finden lassen,

L. 52. §. 27. ff. de furt. L. 5. §. 8. L. 11. §. 1. ff. de iniur. L. 9. §. 2. ff. de iureiur. Decis. Elect. 17. (et infra *Obs. DCLXXX.*)

welches auch die in Gerichten angenommene Meynung ist, und die Erleuterte Chursächsische Proceß Ordnung ad tit. 31. §. 1. über violentiam expulsiuam und ablatiuam des Eydes sich zu gebrauchen nachlässet, also daß, wie schon vorhin gedacht, Sempronens Klage, wenn sie auf obbeschriebene Art angestellet wird, da sie auf einen solchen Betrug, welcher dem ganzen Vergleiche zum Anlasse gedienet, sich gründet, nicht zu verwerfen, dabey auch daß die Gewissensrührung zuläßig sey, nicht zu zweifeln, zumal da die hiesigen Landes Geseze

Const. El. 35. P. 2. verbis: **Es wäre denn wegen vorsezlichen Betruges.**

sogar von einen eydlich bestärkten doch aber vermittelst Betruges erhaltenen Vergleiche dem verlezten Theile abzugehen verstatten.

5 **Dennoch aber und dieweil** sothane an und für sich selbst schlüßige Klage, durch die sich aus dem Vergleiche alsofort zu Tage legende Entsagung der Ausflucht des Irthums, Betrugs, arglistiger Ueberredung, und Verlezung wiederum entkräftet wird, als deren sich Sempron in der darüber ausge-

ausgestelleten Urkunde schlechterdings begeben, und bekant, daß man der Einrede zwar nicht zukünftigen, wohl aber schon begangenen Betruges wohl entsagen möge, übrigens die Lehre einiger Rechtslehrer

BERGER Oec. Iur. lib. 3. tit. 8. §. 1. WERNHER P. 1. Obs. 89. et P. 10. Obs. 285.

welche arg. L. 4. C. de transact. L. 67. ff. de reg. iur. schließen: daß eine solche in dem Vergleichs Instrumente selbst beschehene Verzicht sothaner Ausflüchte nichts helfe, sondern dieselbe einige Zeit darnach und in einer besondern Urkunde geschehen müsse, behaupten, oder wie **Bergers** Worte lauten: Pactum doli praeteriti eodem instrumento transactionis initum non magis sustineri potest, quam renunciatio exceptionis non numeratae pecuniae, eodem facta documento; quum quis eadem facilitate, qua renunciat dolo, etiam super exceptione doli transegisse videatur, *arg. L. 27. §. 4. ff. de pact.* weil solche besondere Meynung nur die Handlungen vervielfältiget, und man den andern Theil eben so leicht bereden kan, disfals eine besondere Urkunde zu unterschreiben, dem eingeführten Gerichtsbrauche entgegen, also darauf nicht zu sehen, noch weniger daß dergleichen denen Contracten angehängte Ausflüchte weiter nichts, als leere und nichts bedeutende Formeln wären, zu behaupten ist, zumal da die Auslegung jedesmal dergestalt zu machen, daß der Contract eher bestehe als hinfällig werde, und ohne dringende Noth eine Sache, so einen guten Verstand in sich hält, für vergeblich oder überflüßig keinesweges zu erachten, und wenn endlich bey gebrauchter Gewissensrührung, daferne Beklagter sich verneinend einlässet, er aller Ausflüchte verlustig wird, (solchem nach vor allen Dingen, ob er den Betrug einräumen und sich bloß mit der Ausflucht, daß solchem entsaget worden, behelfen, oder aber: ob er den Krieg Rechtens verneinend befestigen werde, abzuwarten stehet,) doch ob nicht etwa in den Dicasterien, wohin die Sache gedeyen möchte, wegen einiger von Beklagten eingeräumten Nebenumstände auf den Eyd und Beweis derer Exceptionen zugleich gesprochen, oder unserer geäusserten Meynung und der obangezogenen Stelle aus der Proceß Ordnung ad tit. 25. §. 6. entgegen, diese Ausflucht, da sie aus klaren Brief und Siegel sich ergiebt, für eine litis ingressum impedientem angesehen werden möchte? sich zum voraus nicht völlig übersehen lässet;

So

So ist zwar die anzustellende Klage beständig, und die dabey zu unternehmende Gewissensrührung zuläßig, es wird aber selbige, wenn Cajus den vorgehabten Betrug einräumet, und dabey dessen beschehene Entsagung Ausfluchtsweise vorschützet, hierdurch sothanes Suchen entkräftet. V. R. W. Plura de ea re inferius proponemus Obs. CCCCXXVIII.

OBSERVATIO CCLXIII.

Transactione super debito inita, cuius nomine hypotheca cauebat, exspirat hypotheca.

Nouatio, quoniam ipso iure tollit priorem obligationem et fideiussores liberat, *L. 18. ff. de pignor.* perimit etiam hypothecam, licet de ea in libris iudicialibus delenda neuter quidquam monuerit, nec in his libris deleta sit. Tutissima certe a fideiussoribus ad hypothecam argumentatio. Habemus scilicet et personas et res fideiubentes, nempe pignora. Nec obstat *L. 9. C. de remiss. pign.* neque *L. 6. §. 4. ff. de precar.* Certe ex eo, quod nondum in libris iudicialibus hypotheca expuncta est, non sequitur, eam adhuc perdurare. Nam hypotheca, licet iudicialis, tamen accessorium pactum est alterius contractus principalis. Hoc vel extraiudicialiter deleto, et hypotheca extinguitur ipso iure. Nam qui habet actionem ad liberationem consequendam, ipsam liberationem habere intelligitur.

OBSERVATIO CCLXIV.

Laesio minoris restitutionem petentis adesse debuit ab initio.

In contractibus initium spectandum.

Si minor frugali emtione aedes sibi comparauerit, illae vero deinde incendio pereant, cessat restitutio in integrum. Nam laesio adesse debet

debet ab initio, quod in contractibus semper spectandum. *L. 8. ff. mand. L. 2. §. 1. ff. de hered. vend. L. 78. ff. de verb. oblig. L. 1. §. 13. ff. deposit.*

— — — Careat successibus opto
Quisquis ab euentu facta notanda putet.

OBSERVATIO CCLXV.

Domino iurisdictionis Musicam agrestem locare non licet.

Nemini priuilegium dare permissum, nisi principi, vt etiam crimen laesae maiestatis committere videatur is, qui haec imperantis iura inua- 1
dat. Non ergo licet certis quibusdam musicis pro annuo canone ius concedere prohibendi, ne fidicen tibicenque alius in caupona saltantibus inseruiat: Ob wohl, weil in denen Policey Ordnungen spätes Nachtzechen verbothen,
Kläger anführet, wie ihm als der Obrigkeit dahin zu sehen obliege, daß die 2
Music in gewissenhafter Leute Hände sey, also deren Verpachtung für eine Policey Anstalt auszugeben sich bemühet, daneben daß in Städten niemand als öffentliche Stadtpfeifer aufwarten dürften, für sich anziehet; Dennoch 3
aber und dieweil was denen Stadtpfeifern als einer rechtmässigen Zunft in Städten nachgelassen, sich auf die Dörfer nicht erstrecket, und die Ertheilung eines Verbiethungs Rechtes für keine Policey Sache zu halten, sintemalen, wenn man auf solche Weise schlüßen dürfte, fast alles nur mögliche sich unter die Policey Sachen rechnen ließe, übrigens da alle und jede Spielleute, wenn sie über die Zeit in denen Schenken aufwarten, bestraft werden können, leicht einzusehen, daß Kläger solchen Vorwand blos zu einem Dekmantel des einzuhebenden Zinses gebrauche, in der That aber ein Privilegium zu ertheilen, sich ermächtige; mithin dergleichen neue Anlage, wodurch die Unterthanen noch mehr belästiget, auch die wenigen Tage ihres Vergnügens und einer erlaubten Ergözlichkeit ihnen erschweret werden, zu verstatten bedenklich, zumal da sie seit undenklichen Zeiten sich diesfals in natürlicher Freyheit befinden, So ist ꝛc.

OBSERVATIO CCLXVI.

Sine mariti consensu curator vxori constitui non potest, nisi aut cum eo litiget, aut ille vxorem deseruerit.

1 Res valde dubia, cum BERGER *in Elect. Disc. For. tit. 8. Obs. 5. p. 300. et* BARTHIVS *in Hodeget. For. p. 93.* contrarium statuant. Nos ita pronunciauimus: Obwohl kriegische Vormunde keinen Niesbrauch noch Verwaltung der Güther haben, sondern bloße Rathgeber zu seyn scheinen, und aber einem Eheweibe sich auch außer ihren Manne anderwärts Raths zu erholen, nirgend untersaget, besonders aber, wenn solche Vormunde nichts zum Nachtheile des Ehemannes vornehmen, daß leztern hierdurch in seinen ehelichen Rechten kein Nachtheil erwachse, es sich ansehen lässet.
2 Dennoch aber und dieweil ein kriegischer Vormund gerichtlich bestätiget wird, also derselbe mehr, als einen Rathgeber und blosen Freund vorstellet; hiernächst nach denen in Teutschland üblichen Rechten jeglicher Ehemann seines Weibes rechtmäßiger Vormund, Beystand und Rathgeber ist, mithin ohne seinen Vorbewust ein anderer dazu nicht bestellet werden mag, weil niemanden sein einmal erlangtes Recht ohne dringende Ursache wider Willen zu entziehen, auch die Rechts Collegia dieser Meynung beygethan,

WERNHER Iurisprud. Formul. cap. 1. §. 26.

immasen allemal, daß der angegebene *Actor* vermittelst eines mit seiner Principalin Ehemannes Genehmhaltung ausgefertigten *Curatorii* sich besser, als geschehen, zu legitimiren schuldig, ausgesprochen zu werden pfleget, und daher ein Weib sich außer ihrem Ehemanne einen andern Vormund, ohne jenes Wissenschaft und Vorbewust, nicht erwehlen, noch der Richter dergleichen bestätigen darf, vielmehr, wenn es geschehen, alle Handlungen, so sie zwar mit dessen, aber nicht des Ehemannes, Zufriedenheit vorgenommen, für unkräftig und nichtig zu achten, So ist rc. Quod autem diximus vxori sine mariti consensu curatorem constitui posse, si cum eo litiget, tantum de curatore *speciali* ad litem intelligendum. Caueat ergo iudex domicilii, ne vxori litigaturae cum marito curatorem *Generalem* constituat, quod sine maritali consensu plane non potest fieri.

OBSER-

OBSERVATIO CCLXVII.

Retractum gentilitium exercet filius, licet patris heres extiterit.

Singulare hoc et quaſi exceptio regulae, per quam heres venditiones aliosque contractus defuncti ſeruare iubetur. At filius hic ex propria ſua, non ex defuncti perſona, retrahit, alias enim retractui nunquam locus foret. Torgauiſches Ausſchreiben *tit.* Welcher Geſtalt die Agnaten §. Es ſollen. 1
Clarius vt huius doctrinae rationem, breuiter tamen, commonſtrem, ecce: heres praedium retrahens non impugnat venditionem patris, ſed retrahendo potius hanc ipſam confirmat, quoniam niſi venditum praedium fuiſſet, retrahi non poſſet. Itaque ſubſiſtit venditio, filiusque recte et bene eam factam fuiſſe affirmans ius ſuum tantum exercet, quod ei ex alienatione natum eſt, ſiquidem hoc ei non ſucceſſio, ſed leges ſingulares tribuunt. 2

OBSERVATIO CCLXVIII.

Furtum vſus non extra vſum.

Iuſtitiario pecunias depoſitas auertenti Inquiſitio dictatur.

Licet in furto vſus poena quadrupli hodie ceſſet, nec huic perfidiae laqueus accommodari poſſit, tamen omnes reliqui effectus perennant. Nam, qui commodato non ex voluntate domini, ſed aliter quam conceſſum eſt, vtatur, aut ſi depoſitarius rem cuſtodiendam attrectet, caſum praeſtant, quoniam fur de caſu tenetur. *L. 2. C. de condict. furt.* Itaque qui depoſitam pecuniam in vſum ſuum conuertit, ad vſuras tenebitur. WERNHER *Tom. 3. pag. 215. Obſ. 291.* Nempe domino non ſolum commodati actio aut depoſiti, verum etiam, quae pinguior his actionibus, condictio furtiua datur. 1
De praeſtatione caſus autem facilis nec perplexa demonſtratio. Rogaſti equum, qui te ad agrum tuum duceret. Vbi illuc veniſti, placuit ad villam vno ab agro lapide diuerti. 2

Ibi a furibus equus subtrahitur. Pretium restitues. Nam si in agro substitisses, in quo nulli fures, subtractus equus non fuisset. Immo si paulo subtilius rem considerare velimus, quem culpa praecessit, ne
3 quidem casus recte dicitur. Idem plane de *furto possessionis*, quando ipse dominus rem suam iuste ab alio possessam v. c. a. se huic pignoris loco datam, surripit, dicendum est. Sed ad furtum vsus redeo, de quo ante biennium in epistola consultus his verbis respondi:

4 Obwohl zweifelhaft scheinen wil, daß Mein Hochgeehrtester Herr, weil Dieselben eine halbe viertel Stunde lang mit dem erborgten Pferde galopiret, dadurch dessen so geschwind erfolgten Tod befördert haben solten, zumal da bey dem Aufhauen sich befunden, daß es innerlich nicht alzu gut beschaffen gewesen: **Dennoch aber und dieweil** Dieselben eingestehen müssen, daß Sie von dem Herren Grafen von S. das kostbare Pferd unter der Bedingung bloß einen Schritt zu reiten, aus Freundschaft erhalten, Dieselben nunmehr, da Sie solcher Vorschrift nicht nachgelebet, gesezt auch, daß das Pferd keinesweges von galopiren gestorben wäre, nichts destoweniger für allen Schaden, nach Maaßgebung L. 16. ff. de condict. furtiu. zu stehen verbunden, So wolte einen Vergleich freundschaftlich anrathen.

5 Caue igitur ne rem meam, quam commodasti, fratri tuo aut alii rursus commodes. Nam cum hoc quoque furtum vsus dicatur, praestabis pretium, si forte apud fratrem res casu perierit.

6 Ei vero qui depositum attrectauit, wenn einer Depositen Gelder angegriffen, aut etiam re alia corporali sibi ad custodiendum tradita vtatur, modo res non modica fuerit, inquisitionem specialem dictari notum est, nec se praefectus aut iustitiarius ab ea liberabit, etiamsi dicat: Daß er nur seine in dem Processe verdienten Gebühren an sich genommen. Ita pronunciauimus addita ratione: Dieweil seine Gebühren noch nicht ermäßiget gewesen, überhaupt aber an dem zur Verwahrung anvertrauten Guthe keine Compensation stat findet, mithin wenn auch schon J. T. auf die Chursächsische Constitution vom anvertraueten Guthe nicht verpflichtet, er gleichwohl durch solche Entwendung fremden Geldes eine Inquisitionsmäßige That verübet rc. rc.

OBSERVATIO CCLXIX.

Herus in iurgio si ancillam se proripere et domo exire iubeat, haec vero id statim accipiat, finitur locatio.

An herus expellens ad praestationem victus des Kostgelds *obligetur.*

Nec domino probris famulos lacerare permissum.

Si mulier maritata ancillam conduxerit, aut alios contractus curae vxorum demandari solitos celebrauerit, maritus ratihabuisse putatur.

Si maritus vxorem abire in malam crucem iusserit, haec causa sufficiens non est separationis a thoro et mensa.

Existimabam quondam, condonandum esse aliquid dominis, adeoque si herus famulum, qui aut plane nihil aut leue tantum perpetrasset, missum faciat, et se proripere e domo, quantum possit, iubeat, accipiente hoc illud, residuam mercedem et victum vsque ad tempora locationis finita peti non posse, quoniam in *L. 3. ff. de diuort.* ita scriptum: *Diuortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quicquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseuerantia apparuit, iudicium animi fuisse; ideoque per calorem misso repudio, breui reuersa vxor nec diuortisse videtur.* Secundum haec Consistorio Blankenheynensi 1781. respondimus: Ob wohl Kläger wenn er: sie solle sich zu ihren Eltern scheren, gesprochen, und hierauf sie solches gethan, vergeblich die Hize des Zorns vorschüzet, sintemalen ein schändlicher Affect ohnmöglich die Wirkung haben kann, daß aus einer solchen verwerflichen Gemüthsbewegung eine Entschuldigung zum Vortheil desjenigen, der sich von solcher hinreisen lassen, erwachse; vielmehr daß er sich dergestalt erzürnt, daß er was er geredet nicht gewust oder überleget, ihm ledi-

glich zur Last gereichet, weil er sich dergestalt nicht hätte erzürnen sollen, auch bey Contracten und Unterhandlungen nicht auf die Ursache woher die Einwilligung oder Verweigerung entstanden, sondern nur auf das, was wirklich geredet oder gesprochen worden, das Absehen zu richten. **Dennoch aber und dieweil** Eheleute, nicht einmal mit guten Willen, ohne der geistlichen Obrigkeit Vorbewust sich von einander begeben dürfen, wannenhero wenn auch Kläger nicht in Zorne, sondern mit wohl überlegten Muthe, daß sie sich wegbegeben solle, gesprochen hätte und beyde darinnen einig gewesen wären, nichts desto weniger Beklagte ein solches nicht, wie etwa bey Contracten sich zu Nuze machen könnte. Sic vero a diuortiis et sancto matrimonio argumentabar ad contractus, ab vxore ad famulos, quod iura non sinunt.
2 Adeoque nunc in hero et famulis contrarium statuo. At voluntate vera, quae in hero defuisse videtur, inquis, non simulata, contractus dissoluuntur et consistunt. Quid autem, respondeo, disputare refert, an vera voluntas domini fuerit, quam luculentissimis verbis et satis clare expressit. An quia ira furor breuis est? Sane hic non necessarius sed voluntarius furor nunquam excusat. Nec dubito affirmare, plerumque in tali iracundiae calore veram expellendi voluntatem adesse, vsque dum sedato furore resipiscant. Esto autem, non fuerit vera voluntas, sufficit tamen hoc intendisse herum iurgiis, vt famulus crederet, ipsum id serio velle; adeoque in dolo erit, qui nemini patrocinatur. Sane vt voluntas, sic etiam, vt ita dicam, noluntas in mente retenta nihil operatur.
3 Turpissimum et indignum bono viro aliud dicere, aliud animo simulate concipere. Igitur re rectius perpensa, famulum puto vel ancillam, si accipiat missionem, cogi non posse, vt in famulitio persistat. Neque tamen residuum mercedis aut victum petet. Nam quoniam ipse migrauit, ambo in eo conuenerunt, vt locatio et conductio finiretur. Igitur tantum mercedem migrans pro rata temporis deseruitam quidem et praeteritam non futuram petet. Si autem famulus protestetur, nec se aliter discessurum esse, quam si mercedem futuram consequatur, et tamen herus expellat, etiam ad futuram tenetur.

Si tamen mater familias ancillam suam exire iusserit, res fortasse aliter se habere videtur, quoniam haec se non tam matri familias, quam hero et patrifamilias locauit, qui eam non iussit exire. Non nego tamen,

tamen, etiam de hoc merito dubitari, quoniam reuera (nam haec domestica ancillarum moderamina vxoribus committimus) cum ipsa hera, cuius ossibus quasi locatio haeret, non cum hero, famula contraxit. Iure Hamburgensi *P. 2. tit. 8. art. 1.* vxor de lino contrahere potest sine maritali consensu; quis quaeso dixerit maritum si vxor venalem in foro gallinam sine consensu eius emerit aut olera, hoc subuertere posse?

Quod contumelias, quibus matronae potissimum ancillas suas ore 5
ferreo proscindere leuissimas ob causas consueuerunt, attinet, puniuntur illae quidem, sed mitius, quoniam parentibus et heris leuis castigatio permissa, nec deprecatio decernitur, sed sola honoris declaratio. In Saxonia electorali edictum de re famulitia *d. a. 1735. tit. 4. §. 3.* ita praecipit: Es sol in Sachen, da wider Herschaften von distinguirten Stande geklaget worden, die ordentliche Obrigkeit die Diensthersсhaften zwar vor sich fordern und von selbigen oder deren Gevolmächtigten, was es um die angebrachten Beschwerden für Bewandniß habe, zu vernehmen, auch Zeugen abzuhören befugt seyn, jedoch von selbiger kein Bescheid ertheilet, weniger die darüber gehaltenen Acten und Protocolla in ein Dicasterium, sondern vielmehr allezeit mit unterthänigsten Berichten zu unserer Regierung auch Stifts Regierungen geschikt und bey selbigen ob rechtlich erkant, oder wie sonst verfahren werden solle, arbitriret werden. Quinam vero sunt personae conditionis? Respondeo: Nobiles, Doctores et qui his dignitate pares. In caeteris magistratus ipsi decernunt aut acta statim transmittunt.

OBSERVATIO CCLXX.

Dicasteria Facultati Medicae acta criminalia communicant, non ad grauandum, sed liberandum reum.

Si obscurum sit secantis attestatum, potest etiam medicae Facultati declaratio committi.

Si medicus secans dixerit, vulnera per se non lethalia esse, licet signa quaedam imperitiam eius prodere videantur, tamen superuacaneum foret,

foret, Facultati Medicae acta communicare, vt eum culpae redarguant et lethale vulnus pronuntient. Nam quoties medici discrepant, benignior vel vnius, potissimum autem secantis, iudicium idque iuratum praeualet. WERNHER *Tom. 3. pag. 383. Obseru. 13.* Ergo non aliter medicorum ordo consulatur, quam si medicus secans duriorem sententiam amplexus fuerit, et de eius sufficienti peritia dubitetur. Nam secanti chirurgo et medico fidendum est, neque vt Facultates Medicae consulantur, vllibi in legibus praescriptum, licet hoc ad seruandam hominis vitam fieri possit. Contra autem si medicus, qui praesens sectionem peregit, non lethale vulnus pronunciauerit, capitaliter inquisitus non punietur, etiamsi centum Facultates Medicae lethalitatem asserant. Ita pronunciauimus Mense Maio 1770. his verbis: Da Inquisit nach vorigen Urthel einen erfahrnen Arzte untergeben worden, dieser aber nach einer genauern Untersuchung, daß er was dessen vormahligen Gemüthszustand betreffe, aus Mangel näherer Anzeichen zu urtheilen, nicht im Stande sey sich heraus lässet, und aber dieser Arzt ihn selbst in Augenschein genommen und die Beschaffenheit seines Leibes und Gemüthes persönlich erforschet, mithin das sicherste von ihm zu erwarten ist rc.

OBSERVATIO CCLXXI.

Stuprata impraegnationem impune dissimulat.

Sola inficiatio impraegnationis *in edicto regio de abactione partus* nulla poena vindicatur, sed §pho 2. tantummodo dicitur, quae celauerit impraegnationem, (verheimlichet) *partu necato*, nullam veniam nec mitigationem poenae vnquam esse habituram. Haec sola inficiationis poena. Miraris forte, cum crimen falsi saltim committere videatur, quae virginitatem mentitur; ne quid de tristi euentu dicam, quem haec suppressio veritatis vt plurimum habet. Sed falsum, per quod nemini nocitum, vix punibile. Adeoque si non alia culpa puerperae clandestinae imputari possit, carceres, quos forte iam sustinuit, aut stupri, quae dictatur, poena hoc falsi crimen facile absorbet. BÖHMER *ad. C. C. C. art. 131. §. 43.* CARPZ. *Quaest. Crim. 122, 4.* LEYSER *spec. 611. Medit. 23. seq. et Med. 26.* Nihilominus tamen si res ita tulerit

lerit potest ei purgatorium dictari, se animum abigendi aut occidendi partum non habuisse. Nam haec ipsa inficiatio eam suspectam facit saltim attentati criminis. Mense Iunio 1769. Senatui Lipsiens. ita respondimus: Obwohl in den Landesgesezen, daß denen Weibespersonen so ihre Schwangerschaft verheimlichen keine Milderung angedeyen solle, ausdrücklich versehen. Dennoch aber und dieweil Inquisitin wegen ... des Mitleidens nicht unwürdig, also in Erwegung, daß dieselbe ihre Schwangerschaft weil sie weder ihre Dienstfrau noch sonst jemand darum befraget, nicht sowohl verheimlichet hat, als nur vielmehr freywillig und von selbst nicht entdeket hat, sie mit der strengen Strafe des Rades nicht zu belegen.

OBSERVATIO CCLXXII.

De feodo mere hereditario variae cautiones.

Multum differt, vtrum beneficium clientelare mutatum fuerit in Erblehn an in Erbguth? quam nisi distinctionem probe attendamus, vix eluctabimur ex innumeris logomachiarum maeandris. Fac clientelam quandam in feodum hereditarium mutatam esse hac vberrima et locupletissima formula: Reichen und Leihen N. W. N. für sich, seine Erben, Erbnehmen und Nachkommen, ohne Unterschied des Geschlechtes, Söhnen sowohl als Töchtern, und zwar beyden zugleich, obbemeldetes Guth zu einem rechten wahren Erblehn, dergestalt und also, daß alle seine Erben, und zwar weiblichen Geschlechts mit dem männlichen zugleich, ihm in den Lehne folgen sollen, er auch und seine Nachkommen über solch Guth, ohne vorgängige Lehnsherrliche Gunst und Einwilligung, unter den Lebendigen und auf dem Todesfall, solches zu vergeben, zu vermachen, zu verpfänden, zu verschenken und sonst zu veräusern freye Hand, Macht und Gewalt habe, wie rechten Erblehns Herkommen und Gewohnheit ist, tamen in tali feodo mere hereditario nec liberi naturales, nec parentes succedent, nisi forte per testamentum fuerint instituti. Immo remanebit in Saxonia ius repraesentationis inter collaterales, vt supra Obseruatione CLXXIII. demonstrauimus; nec fiscus in illo succedet, STRYCK *Successſ. ab Intest. V*, 2. 5. DEINLINI *Disp. de ea re in* IENICHENII *Thesauro Tom.* 2. *pag.* 741. nec excludetur frater consanguineus a germano, licet alias in suc-

succeſſione ciuili duplicitas vinculi praeferatur. Vt verbo dicam, mira
3 tunc enaſcitur confuſio ciuilis et feodalis ſucceſſionis. Porro poſſeſſores dominum nulla actione famoſa v. c. doli conuenient, nec ab eo iusiurandum calumniae exigent. Deinde in hoc, licet mere hereditario, feodo tamen, renouanda erit ſuis temporibus inueſtitura, Churfürſtl.
4 Sächſ. Lehns *Mand. tit. 5. §. 4. et 5.* et dotalitium in eo conſtitutum viduae ius reale praebebit, et perpetrata felonia illud amittetur, item mulieres opus habebunt Prouaſallo. Quid quod, vti iudicatum eſſe LYNKER *Deciſ. 1291.* refert: ipſum verbum Erbguth non protinus inferre feodum mere hereditarium. Cur vero iſta omnia? Quia feodum manſit. Vnde ſapienter cap. 4. §. 9. HORNIVS: *Haec omnia*, inquit, *nos docent, quam cautus eſſe debeat ille, qui carere vult ſe et poſteros ſuos omni diſceptatione. Cauere enim debet, vt ampliſſime omnia exprimantur. Quae vero omnia, cum negligi ſoleant, mirandum non eſt, tam ſaepe has de re lites oriri.*

Vtcunque autem ita ſe iſthaec habeant, vtcunque verum ſit, feodum tale hereditarium in caſibus non perſpicue et nominatim exceptis, feodum manere, tamen hae exceptiones notandae: Prima: vt eiusmodi hereditarium feodum in ſuperiori formula deſcriptum imputetur in
5 legitimam et omnes quartas. *arg. L. 91. ff. ad L. Falcid.* Altera: vt quilibet in id ſucceſſurus etiam in allodio ſuccedere, aut vtrumque repudiare teneatur. Adeoque ex eo debita etiam non feodalia ſolui debeant. BERLICH *P. 2. Concluſ. 55. num. 20.* ITTER *de Feud. Imper. cap. 18. §. 2.*

6 Contra vero ſi clientela quaedam mutata fuerit in merum allodium in ein Erbguth und Eigenthum per appropriationem, quae Germanice dicitur Vererbungsbrief, tunc et fiſcus ſuccedet, et duplicitas vinculi attendenda erit, nec locum habebit in Saxonia inter collaterales ius repraeſentationis, naturales liberi matri ſuccedent pariter atque adſcendentes, nec renouanda erit inueſtitura, nec mulieres opus habebunt Prouaſallo, nec vidua ius in re adipiſcetur intuitu dotalitii in tali praedio conſtituti, nec ob feloniam quisquam eo priuabitur. Harum rerum omnium cauſas et auctoritates deſiderantem ablego ad noſtram ſuperiorem Obſeruationem CLXXIII.

OBSER-

OBSERVATIO CCLXXIII.

Regula generalis de renunciationibus inualidis.

Lex prohibitiua et praeſcriptionem et renunciationem admittit.

Conſuetudo abrogat etiam legem prohibitiuam.

Inter legem iubentem et prohibentem vana et inutilis eſt diſtinctio.

Cum volenti nulla fiat iniuria, legibus plerisque renunciare licet. *L. 29. C. de pact.* Ita enim iubet regula iuris antiqui: omnes licentiam habere his, quae pro ſe introducta ſunt, renunciare. Quibusdam tamen legibus fruſtra renunciatur, v. c. qui improbis vſuris exactis iuſſerat debitorem renunciare legibus contra foenus latis, repellebatur oppoſita exceptione inualidae renunciationis. (Obſ. DCIII) Aduocatus clientem de quota litis paciſcentem *legi 5. C. de poſtulando* renunciare iubet. Nihil agitur. Promittit aegrotus de ſalute paciſcens ſe nunquam vſurum eſſe exceptione *legis 3. ff. de extraord. cognit.* et tamen recte hac exceptione a medico conuentus vtitur. Pertinentias auellere praedio et ab oneribus immunes vendere alteri plane non licet, adeoque fruſtranea renunciatio nouiſſimae deciſionis Saxonicae, quae etiam inter contrahentes hoc pactum nullum pronunciat. Lucius Titius ſine vllo iurisperito teſtamentum fecit ac prohibuit, ne leges locum haberent in ſuo teſtamento. Nulla haec renunciatio, quia ſine ſolennibus teſtamentum ipſo iure nullum eſt, adeoque fauori non ſibi, ſed cognatis, quaeſito renunciat. Eodem modo non valebit pactum, quo donatio quingentos ſolidos excedens, non inſinuata valere iubetur, quin lex eam non valere voluit. Obiter nota: vix poſſe dici negotium nullum, niſi nullitatis poena in ipſa lege fuerit impoſita. Quod ſi factum fuerit is ipſe, qui nulliter alienauit, reuocare poteſt, fruſtraque opponit emtor exceptionem rei venditae et traditae, fruſtra renunciat, vt patet ex pertinentiis absque oneribus venditis. Eſt igitur regula valde ſpecialis, nec generaliter accipienda *(Obſ. DXI. DCXLIII.)* quando Paulus

in *L. 112. ff. de reg. iur.* asserit: perinde esse, siue ipso iure quid nullum sit, an ope exceptionis elidatur.

2 Itaque generaliter formabimus regulam. Super quibus causis pacisci et transigere non licet, iisdem neque possumus renunciare. Non possumus autem transigere vel pacisci super iis rebus, quas lex nullas declarat. Nempe omnis renunciatio pactum est. Quotiescunque ergo lex pactum nullum declarat, inualida est huius legis renunciatio. Non autem omnes leges prohibitiuae poenam nullitatis statuunt. Itaque erronea est doctorum opinio: legi prohibitiuae renunciari non posse, si quidem nulla fere lex, quae non aliquid prohibeat. Nam et
3 lex quae iubet, contrarios huic iussui actus eo ipso prohibet. Absoluta ergo et perpetua esse debet prohibitio, ita vt negotii nullitas statuatur, si renunciatio non debeat tenere. Has soleo leges prohibitiuas *qualificatas* appellare et *simplicibus* prohibitiuis opponere. Immo ne tunc quidem semper tenet, vt in *Obs. CCIX.* diximus. Item legibus poenalibus renunciare non licet re concesserim quia poenam, fisco debitam nemo interuertere potest. Caeterum autem etiam legi prohibitiuae renunciare possumus, vt exempla probant.

4 Eadem est in quaestione: an contra legem prohibitiuam praescriptio allegari possit? responsio. Primum, quod immemorialem praescriptionem attinet, non dubium, ea legem prohibitiuam tolli, cum hac et regalia et domanialia et mensalia bona, quorum nulla in legibus dicitur alienatio, acquiri possint, WERNHER *P. 4. Obs. 5.* HORN. *Class. 2. Resp. 3.* BÖHMER *I. Eccles. Prot. Tom. 2. lib. 3. tit. 20. §. 37.* Non solum autem immemoriali, verum longissimi etiam temporis praescriptione et consuetudine legi prohibitiuae contrarium quid induci posse, existimauerim. Tametsi enim vulgo dicatur: legem, quae aliquid prohibeat, potentiorem esse ea, quae iubeat, tamen si consuetudo legis auctoritatem habere debet, vti illam habet si et ipsa imperat, ac permittit, non video, cur non et legi prohibitiuae derogare possit. Alias enim consuetudinis nulla plane potestas foret, nec legem vincere
5 posset. Certe omnes leges, etiam illae quae tantum iubent, prohibent eius contrarium. Itaque tunc demum dixerim legi per consuetudinem derogari non posse, si in ea diserte omnes futurae consuetudi-

nes

nes contrariae in antecessum infirmentur, quam clausulam siue sanctionem futurae consuetudinis derogatoriam appellare possis. Nec obstat *L. 2. C. quae sit longa consuet.* in qua dicitur: consuetudinem sui non vsque adeo valere momento, vt aut rationem vincat aut legem, si quidem haec lex de casu quodam singulari agit, vt post NOODTIVM et AVERANIVM recte notauit HEINECCIVS *in Pandectis* §. 105. *in nota asterisco notata.* Nonne leges illae sanguinolentae magis et sagis scriptae dormiunt etsi abrogatae nunquam fuerint. Nullas amplius maleficas igni subiicimus, nec amputamus manus, nec aures nec nasos licet nondum leges, quae id praecipiunt a principe sint abolitae. Immo dixerim legibus poenalibus, quae sane prohibitiuae eo facilius, quam caeteris praescribi, quo odiosae magis sunt. Deinde nonne videmus monopolia etiam sanctione poenali munita perire non vsu et praescriptione. Quod cum caeteris priuilegiis commune habet. Ratio quare consuetudo vincat legem, non alia, nisi quod princeps videt contrarium obseruari et silet, vt sic consentire videatur. Haec ratio generalis locum habet etiam in prohibitiua lege. Prohibent leges braxationem cereuisiae intra milliare, et tamen quotidie videmus nobiles se contra vrbes praescriptione tueri. Quicquid theoretice contra disputatur, non possumus tamen ex multis difficultatibus in praxi non extricare, nisi concedamus legis prohibitiuae simplicis non maiorem potentiam esse, quam alterius cuiusquam legis. Vana ergo haec distinctio quia an quis pri- 6 uilegio vti velit, nec ne? inter res merae facultatis nequaquam referendum *(Obs. XXXIII.)* Vnde mense Iulio 1767. respondimus: Dieweil ein langer Zeit-Verlauf so gar bey Regalien eine gesezmäsige Vermuthung für die gültige, obgleich wegen Länge der Jahre jezt unbekante und vergessene Erwerbung abgiebt, und übrigens bekant, daß etwas auch wider verbietende Geseze, nicht allein durch eine undenkliche Verjährung, als welche Regalien ja sogar Dominial- und Mensal-Güther, deren Veräuserung den Rechten nach null und nichtig, denen Besitzern zueignet, sondern auch durch eine Verjährung von 30. Jahren, wie aus dem Exempel der Lehne abzunehmen, als deren Veräuserung die Lehn Rechte gar scharf verbieten, eingeführet werden könne, indem fast kein Geseze, so nicht etwas mißbilligen solte, sich denken läßet, weil auch diejenigen, so etwas anbefehlen, zugleich das Gegentheil verbiethen ꝛc, Vide supra Obs. CCIX. Si autem renunciatio aliquid naturaliter turpe contineat, frustranea est. Nam omne turpe

et bonis moribus contrarium ipso iure nullum est. Lucius Titius omne in vxorem suam moderamen familiae transtulit, seque imperio maritali omnino abdicauit et hoc pactum iureiurando confirmauit. Nego hanc renunciationem valere. Aliud exemplum vide Obs. CCCLXXIX.

OBSERVATIO CCLXXIV.

Foemina, quos sine curatore iniit contractus, seruare tenetur, si iusiurandum accesserit.

Eyd macht mündig.

Si tamen non corporaliter sed in scriptis iuratum sit, foemina et minor restituuntur, ex doctorum sententia, non nostra.

1 Vix in Collegium receptus multis abhinc annis respondere iubebar, foeminam ex iis, quae, iudicialiter potissimum, sine curatore peregerit, non teneri, quod responsum, licet nunc alia sentiamus, reti-
2 cere nolo. Dieweil, wenn Annen Marien Helmertin Anführen, daß der bey dem mit ihrem Ehemanne geschloßenen eydlichen Vergleiche zugezogene Vormund, ihr nicht zu allen und jeden Vorfallenheiten, sondern ehedem nur einmal zu einer gewissen andern Gelegenheit insonderheit bestellet worden, der Wahrheit gemäß, und daß sie nicht, diesen Vormund bey solchem itzigen Vergleiche bößlicher Weise und in Vorsaz ihren Eheman dadurch vorsezlich zu betrügen, gebrauchet habe, zu erweisen stünde, dafür allerdings zu halten, als ob sie ganz und gar ohne Vormund solchen Vergleich getroffen habe, immasen derjenige Vormund, so nur zu einer gewissen Sache bestätiget worden, bey einer andern Vorfallenheit nicht zu gebrauchen, und wenn es geschehen, in Ansehung dieser für keinen Curator zu achten ist, insonderheit aber zu erwegen, daß die Helmertin mit ihrem Ehemanne einen Handel von äuserster Wichtigkeit wegen eines Grundstükes eingegangen, da denn die Chursächsischen Geseze

Decis. Elect. 24. Const. El. 15. P. 2. §. Gleichergestalt 2c.

wenn

wenn eine Weibsperson einen Contract zum Nuzen des Ehemannes geschlossen, dabey aber keinen kriegrischen Vormund gehabt, ihr Versprechen zu hinterziehen erlauben; nicht weniger, daß die ohne Vormund geschlossenen Handlungen denen Frauen unschädlich seyn sollen, klärlich besagen, sodann bewährter Rechtsgelehrter Meynung nach, bey gewissen Handlungen derer Weibspersonen, die Einwilligung eines Vormunds formam et substantialem solennitatem ausmachet,

RAVCHBAR qu. 23. n. 43. P. 2. MOLLER ad Const. 15. P. 2. n. 35. ZOBEL ad Spec. Sax. Lib. 1. art. 46. n. 3. verf. Sed de iure Saxonum.

dergestalt, daß ein ohne Vormund über eine uniuersitatem bonorum oder Grundstüke getroffener Contract für nul und nichtig geachtet wird, zumal da solcher Vergleich gerichtlich geschlossen worden, von welchen in iudicio vorgegangenen Handlungen bekant, daß denen Weibern alleine etwas, wenn es auch schon zu ihren Besten gereichen könte, zu unternehmen keinesweges nachgelassen,

Ord. Proc. Sax. ad tit. 9. §. 3.

Von denen Minderjährigen aber nicht ohne Unterschied und in allen Fällen auf die Weibspersonen und deren kriegerische Vormünde sich schlüßen lässet, insonderheit, daß wie bey jenen, also ebenermasen hier der Eyd mündig mache, wenigstens ausdrükliche Geseze nicht besagen, sondern, wenn auch gleich geschworen worden, doch solcher Eyd, nach Maasgebung Legis 5. in fin. C. de legib. L. vlt. C. de non numer. pecun. BERLICH. P. 2. Conclus. 17. n. 105. als eine Folge und Anhang des Hauptcontractes, keine neue Obliegenheit bewirket, sondern sich nach der Giltigkeit des erstern richtet, und in so weit demjenigen, so sonst von Eydschwüren im päßtlichen Rechten verordnet, der Text: cap. 12. X. de for. compet. entgegen zu stellen, in welchem, daß der geleistete Eyd eine solennitatem legibus praescriptam et in contrahendo neglectam zu ersezen nicht vermöge, deutlich versehen, überhaupt aber, was gleich Anfangs auch an und für sich selbsten nichtig ist, durch einen Schwur nicht ergänzet werden mag; So ist Anne Marie Helmertin, wenn sie Gewissens halber kein Bedenken hat, den in Gerichten unternommenen eydlichen Vergleich zu hinterziehen wohl befugt.

Cum

Cum vero deinde haec quaestio saepe incideret atque, quod ita
3 consulueram, animaduerteretur venerandi MENKENII dictatis nullo
modo conuenire, mutauimus sententiam, quoniam is maximae aucto-
ritatis iurisconsultus in Tractatione Synoptica Processus ad tit. 8. §. 12.
in fine ita scribit: *Contractus a muliere celebratus absque curatore et iu-
reiurando confirmatus, seruandus est ob fortissimum animae vinculum delibe-
rato colligatum*, vbi HERINGIUM, ZANGERUM, aliosque idem sen-
tientes in partes suas trahit, immo hoc ipsum Collegium nostrum an-
no 1705. tali pacto per iusiurandum firmato foeminam stare iussisse, al-
legat. *(Obs. CCCCXXIII.)* Adde, hos curatores sexus superuaca-
4 neas fere in omnibus contractibus personas et legitimas quidem pupas,
sed pupas tamen esse, quibus foeminae et ipsa dicasteria ludunt. Ita-
que non sustinuimus amplius a maioribus nostris dissentire, sed postea
saepius hunc in modum decreuimus:

Ist Adelgunde von ihrem Ehemanne durch Urthel und Recht vom Ti-
5 sche und Bette geschieden worden, und ferner dieses vorgefallen, daß sie ei-
nige Jahre darnach ohne einen Vormund zu haben, mit ihm einen Vergleich
dergestalt eingegangen, daß sie tausend Thaler baaren Geldes von ihm erhal-
ten, hingegen aber auf fernern Lebensunterhalt, so wohl auf die statutarische
Portion, eydlichen Verzicht geleistet, welchen Vergleich auch der Ehemann
in ihrer Gegenwart vor dem Amte bestätigen, und Adelgunden schwören las-
sen, worauf er verstorben, und es wird: Ob ernante Adelgunde solchen Ver-
gleich zu halten schuldig? zu wissen begehret. Ob nun wohl dafür gehalten
6 werden möchte, daß wenn auch allenfals eine Weibsperson ausergerichtlich,
ohne einen kriegerischen Vormund, ein Grundstük verkaufet, oder sich einer
Erbschaft begeben, und solches eydlich gethan habe, sie dieses eydliche Ver-
sprechen halten müsse, doch ein anders in Ansehung der gerichtlichen Con-
tracte zu sagen stehe, weil eine Frau ohne Vormund in Gerichten gar nicht
erscheinen kan, also da Adelgunde in Mangel eines Curators etwas verabre-
det, dieses eben so viel sey, als wäre sie damals im Amte gar nicht zugegen
gewesen:

Dennoch aber und dieweil Inhalts der lezten Worte Constitutio-
7 nis Elect. 35. P. 2. ein geleisteter Eyd jeder Verlezung vorzuziehen und sogar
Minderjährige, die doch offenbar eine größere Gunst, als erwachsene Weibs-
personen, verdienen, nach der Authentica Sacramenta puberum C. si ad-
uers.

uerf. vend. eydliche Zusagen anzufechten nicht vermögen, mithin vom größern auf das mindere um so viel sicherer zu schließen, da Inhalts Cap. 2. de pact. in 6to ein jeder Eyd, der nicht auf Verlust der ewigen Seligkeit oder eines dritten Nachtheil abzielet, heilig beobachtet werden muß, überhaupt aber, daß Weiber einen Vormund haben müssen, von gemeinen Rechten abweichend und, als was sonderbares, allermeist nur in Sachsen üblich ist, anbey bewährte Rechtslehrer,

MENKE Disp. ad Processf. tit. 8. §. 12. LYNKER Decis. 1002. STRYK Cautel. Contr. sect. 1. c. 2. §. 30. num. 4.

daß ein Weib weder Gewissenshalber, noch auch denen Rechten nach, dergleichen eydliche Zusage hinterziehen möge, weitläuftiger ausgeführet, diesem auch Decis. Elect. 24. so wenig, als Const. El. 15. P. 2. entgegen stehet, weil in solchen Gesezen von keinem Eyde etwas erwehnet, als welches auch von dem Texte der Proceß Ordn ad tit. 8. §. 3. zu sagen stehet, in welchen leztern nur ein bey förmlichen Processen zu beobachtendes Formale vorgeschrieben, welche Feyerlichkeit sich keinesweges auf gütliche Handlung in Eintrachts Sachen, oder actus voluntariae iurisdictionis, noch vielweniger aber auf ausergerichtliche Vorfälle erstreket, endlich nurgedachter processualischer und auf gegenwärtigen Fal nicht zu ziehender Formalien halber einen offenbaren Meineyd rechtlich zu verstatten, äuserst bedenklich, da solche Obliegenheiten, wozu uns die Natur verbindet, nach Vorschrift Legis 64 in fin. D. de condict. indeb. durch eine condictionem indebiti ordentlicher Weise nicht hinterzogen werden mögen, So ist ꝛc.

Iterum mense Iulio 1775 ciui Moguntino respondimus in hanc sententiam: Hat eine junge Weibsperson, kaum 18 Jahre alt, einen Churmaynzischen Unterthanen geheyrathet, welcher, da er mit Schulden sehr überhäuft gewesen, ihr vorgespiegelt, daß er zu Beförderung seines Nuzens Gelder nöthig habe, die Gläubiger aber schlechterdings, daß sie für ihn Bürgschaft leisten solte, verlangten, worauf sie mit gedachten ihrem Ehemanne, wiewohl ohne Begleitung eines besondern Vormundes, in die Gerichte gegangen, woselbst sie der Authenticae, si qua mulier eydlich entsaget und ist an dem Orte, wo solches vorgegangen, Rechtens, daß jedoch nur die mündigen Weibspersonen alle Handlungen ohne Curator vornehmen können; worauf ferner sich zugetragen, daß der Eheman in förmlichen Concurs verfallen

und als die Ehefrau bey solchem ihr Einbringen liquidiret, die Gläubiger aber bey denen sie gut gesaget, an ihrer Stelle angesezet zu werden verlanget und sie wegen ihrer Bürgschaft in Anspruch nehmen, bey welchen Umständen:

Ob unmündige Weibspersonen, die zwar eydlich, jedoch ohne einen Vormund zu haben, sich für ihren Eheman verbürgen, dieser Bürgschaft halber zur Zahlung angehalten werden können?

Zweifel entstehet.

Ob nun wohl dafür gehalten werden möchte, daß die sonst bekante Rechtsregel: Eyd macht mündig, um deswillen auf gegenwärtigen Fal nicht zu erstrecken sey, weil dieser von obbesagtem Eheweibe geleistete Eyd zweene Mängel heilen und ergänzen sol, sintemalen er erstlich ihre annoch zur Mündigkeit ermangelnden Jahre ersezen, zum andern aber auch die Vorzüge der weiblichen Gerechtigkeiten und daher entstehenden Ausflüchte aus dem Wege räumen sol, folgbar sothaner Eyd erst dieses: daß die junge Ehefrau für mündig angesehen werden sol, bewirken und wenn man nun sie dafür achtet, alsdenn eben dieser Eyd zugleich denjenigen, welchen auch mündige Eheweiber nach der Authentica si qua mulier abzulegen haben, unter sich begreifen sol, welches gleichsam Restitutionis restitutionem abgeben würde und dieses vielleicht die Ursache gewesen seyn könte, warum in Chursächsischen Gesezen

Constit. Elect. 16. P. 2.

die Weiber nur, alsdenn, **wenn sie ihre Mündigkeit erlanget** anders aber nicht ihren weiblichen Gerechtigkeiten eydlich entsagen mögen, wannenhero in Rücksicht bemeldeten Landgesezes die meisten Sächsischen Rechtsgelehrten dieses fast für eine algemeine Regel auszugeben pflegen, und in gegenwärtigen Falle der Eheman Vormundes Stelle um deswillen, weil die Bürgschaft zu seinem Nuzen geschehen, nicht vertreten kan, allermasen niemand in rem propriam auctor werden mag; endlich und wenn auf alles obige nicht gesehen werden solte, daß doch wenigstens exceptio doli stat finden müsse, es scheinen wil, indem des Ehemans vorsezliche Gefährde aus den falschen Vorspiegelungen, die er seiner Frau gemachet und wozu er sie, als eine junge Weibsperson vorwendend, daß er aus ihrer Bürgschaft sich in seinem Gewerbe grosen Vortheil schaffen könte, arglistiger Weise beredet, satsam sich zu

Tage lege, mithin obermeldeten Eheweibes Bürgschaft in verschiedener Betrachtung ungültig scheinet;

Dennoch aber und dieweil die geistlichen Rechte ausdrücklich besagen, daß jeder Eyd, welcher ohne Verlust der ewigen Seeligkeit gehalten werden kan, den Schwörenden dergestalt verbinde, daß nunmehro darwider keine menschlichen Geseze angezogen werden können, folglich des Schuldners Eheweib, was sie geschworen, halten muß; es sey nun, daß ein oder zwey weltliche Geseze durch ein und eben denselben Eyd aufgehoben werden, auch dieses einzigen beydes doppelte Wirkung mit einer Restitutionis restitutione keine wahre Aehnlichkeit hat; übrigens aber an dem Orte, wo die Bürgschaft geleistet, dem Anführen nach hergebracht, daß mündige Weiber (wofür des Schuldners Ehefrau wegen des geleisteten Eydes allerdings zu achten) alle Handlungen ohne einen Geschlechtsvormund volziehen können, wie denn auch selbst an den Orten, wo eine Weibsperson wenigstens vor Gerichten eines bestätigten Vormundes nöthig hat, die Meynung einiger Rechtsgelehrten ganz ungegründet, wenn sie vorgeben wollen, als sey alles dasjenige, was eine Weibsperson zumal in Gerichten, ohne Vormund thue, dergestalt an und für sich nul und nichtig, daß nicht einmal der Eyd solchem Fehler abhelfen möge, da vielmehr der Eyd fast alle und jede Mängel und Gebrechen heilet, so daß ein Weib, wenn sie auch unmündig, das Beschworne schlechterdings halten muß

Rhapsod. Obs. CCLXXIV.

und gesezt, daß wenigstens gerichtliche Handlungen, so von ihnen ohne einen Geschlechtsvormund geschlossen worden, für ungültig angesehen werden könten, gleichwohl der gegenwärtige Vorfal als eine ausergerichtliche Handlung betrachtet werden kan, und nur in Chursachsen nöthig, daß die Entsagung der Authenticae si qua mulier gerichtlich geschehen müsse, sonst aber dieselbe auch ausergerichtlich gültiger Weise vor sich gehen kan,

Obs. DXCVIII.

Endlich wohl möglich, daß der Schuldner sein Eheweib listiger Weise hintergangen, und sie durch Vorstellung falscher Dinge zu diesem schädlichen Handel beredet, so daß wider ihn die Betrugsklage allerdings stat finden würde, welche aber gegen die Gläubiger, denen sie Bürgschaft geleistet, Ausfluchtsweise keinesweges vorzukehren,

L. 4. §. 29. D. de dol. mal. et met. except. arg. L. 9. §. . ff. quod met. cauſ. BERGER Oec. lib. 3. tit. 15. th. 10. not. 8.

wenn dieſe nicht ebenermaſen des vorgegebenen Betruges theilhaftig worden, ſintemalen actio eine perſönliche Klage, ſo nur contra decipientes ſtat findet, So iſt ꝛc.

8 Si tamen non actu corporali, ſed tantum in ſcriptis, praeſtitum fuerit iuramentum, foeminae et minori reſtitutionem doctores non denegant, quoniam exiſtimant longe facilius perſuaderi poſſe ſiue adoleſcentem ſiue foeminam, vt documento, cui clauſula iuratoria ineſt, ſubſcribant, quam vt iusiurandum corporale praeſtent, *L. 3. C. ſi minor. ſe mai. dixer.* vbi dicitur, plus eſſe corporaliter iurare, quam in inſtrumento. Nolim hanc legem ita ſcriptam eſſe, cum perinde eſſe cenſeam, quo quis modo Dei nomine abutatur. Nam Deus perinde iraſcitur nec inter eſt eius, quo membro corporis, lingua an manu quis iuret? Neque video cauſam, quare in fallentes periurosue faciles et miſericordes ſe Imperatores praebuerint? *Adde infra Obſ. DXCVIII.*

OBSERVATIO CCLXXV.

Factum conductoris locatori vtique nocet, nec in praeſcriptione tempora locationis ſubducuntur.

Colonus ob negatas operas contra ſubditos agens, ſatis ad cauſam eſt legitimatus nec opus habet mandato.

Conductores poſſeſſorium ſummariiſſimum inſtituunt contra locatores.

Immo precarius poſſeſſor contra concedentem.

1 Licet in poſſeſſorio Ordinario, quod ei datur, qui proprie poſſidet, facile praeuideri poſſit, conductorem contra locatorem ſuccubiturum eſſe, quia non ſuo, ſed locatoris nomine, rem detinet, *L. 60.*

§. 1.

§. 1. *ff. locat.* *L. 31. §. 3. ff. de vsurpat.* *L. 32. §. 1. ff. de adquir. vel. amitt. poss.* MENKE *Pand. lib. 43. tit. 17. §. 4.* ac idem dicendum sit de Precario, *L. 18. ff. de precar.* tamen, cum possessorio Summariissimo et actione spolii etiam nudi detentores fruantur, Summariissimum possessorium etiam aduersus locatorem recte conductores instituent. *L. 12. et 18. pr. ff. de vi et vi arm. Arg. L. 40. §. 1. ff. de adquir. vel. amitt. poss. L. 33. ff. locat. cap. 4. X. de praelat. ne vices.* WERNHER *P. I. Obs. 87.* Et 228. recte Berger in Electis Processus Possessorii ait: Nudis detentoribus competit interdictum momentaneum *L. 1. C. si per. vim, L. 27. in fin. L. 40. §. 1. D. de adq. vel. amitt. poss.* Ergo multo magis retinendae interdictum dabitur, quum facilius retentioni quam actioni locus sit, *Ex quo consequitur iudicio possessorio summario etiam vsu fructuarium, creditorem pignoratitium, inquilinum, colonum, depositarium, commodatarium, negotiorum gestorem, procuratorem et hospitem et eum qui precario possidet, aut familiaritatis iure fundum ingreditur experiri posse.* Verba BERGERI l. c. vide etiam supra Obs. CLXXVIII. Generaliter nota, le- 2
ges de interdictis Romanas in possessorio summariissimo quod iure canonico atque germanico suum originem debet, inutiles esse. Quod 3
autem vulgo asseritur, locatori non nocere, si conductor in interrumpenda praescriptione desidiosus fuerit, ex *L. 12. C. de adquir. vel. amitt. poss.* haud quaquam probatur, verba huius legis ita se habent: *Si inquilinus possessionem dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, vt locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed ipse competentibus actionibus subiugetur, omni iactura restituenda domino rei.* Nihil hic dicitur de actione domini contra tertium, sed tantum de actione contra inquilinum, ad damnum desidia vel dolo datum resarciendum. Neque de praescriptione lex loquitur, sed tantum quaerit, an desidia vel dolo conductoris interdictum domino pereat? Hoc negatur, quia decipientibus iura non succurrunt. Vnde haec lex valde exiguam praestat vtilitatem nostris moribus, quibus tempora praescriptionis non tam curta, quam olim. Multo itaque minus conductoris desidiam obuertet locator, si iam ante locationem tertius in possessionem venierit, atque sic tantum locatoris desidiam continuauerit. BÖHMER *Tom. 3. P. 1. Consil. 58. n. 22.*

4 Generatim vt dicam, si dederis atque concesseris, conductoris continuatam possessionem locatori prodesse, non video, quare neglecta nocere non debeat. Imputet sibi locator, quod sibi desidiosum conductorem elegit. Quod autem in *L. 153. ff. de regul. iur.* dicitur, non nisi et corpore et animo amitti possessionem, plerumque fallit, quoniam haec regula, vt pleraeque in hoc titulo, specialis est, non generalis. *Vide etiam L. 3. §. 12. ff. de adq. vel. amitt. poss. §. 5. Inst. de interd.* Nam per colonum continuari possessionem certum est. L. 30. §. 5. *ff. de adq. possess.* Sane quilibet conductor per ipsam conductionem mandatum quasi a locatore accepit, vt eius nomine omnia iura exerceat, sed etiam obligationibus se debitis submittat. *L. 29. ff. locati L. 1. C. si per vim vel al. mod.* Vnde per litteras conductionis den Pachtbrief satis legitimatus est. Nonne vero quod mandatarius fecit, ipse
5 mandans fecisse putandus est? Ex his sequitur, *L. 12. C. de adquir. vel. amitt. poss.* aut non satis intellectam, aut si intellecta fuerit, inter abrogatas esse referendam, adeoque praeualere omnino *Legem 44. §. 2. ff. de adquir. vel. amitt. poss.* vbi Papinianus per conductores amitti vsucapiendi occasionem, his verbis tradit: *Eius quidem, quod per colonos possidetur, non aliter amittitur possessio, quam si eam alius ingressus fuisset. Eaque possessio amittitur nobis quoque ignorantibus.* Quod si enim, vt supra dictum est, conductor nostro nomine possideat, cur non eadem ratione nostro nomine possessionem amittat? Recte igitur coloni factum locatori nocere F. I. L. mense Septembri 1774 respondit, addita ratione: Dieweil Beklagter, da er seit rechtsverwährter Zeit auf Klosacker gefahren sich nicht die Person des Besizers sondern das Grundstük selbst dienstbar gemachet, also auf den Umstand wer das Guth besessen, gar nichts ankommt.

6 Dubitatum quondam: an si conductor contra subditos agat, debitas operas ei denegantes, mandato opus habeat? Erant qui existimarent pronunciandum esse: Daß klagender Pachter durch eine richtige Volmacht bey 5 Thaler Strafe sich zu rechtfertigen schuldig. Metuebant nempe, ne alias sententia subditos feriens diutius, quam locatio duratura, nec profutura esset domino, sed ex his, quae supra disputauimus facile apparet, colonum tanquam procuratorem in rem suam esse ad causam satis legitimatum, immo domino ex hac conductoris actione, ius firmum et stabile enasci. MENKE *Pand. lib. 19. tit. 2. §. 25.*

OBSER-

OBSERVATIO CCLXXVI.

Epilepticus vix torqueri poteſt et rarius fuſtigatur. A capitali poena autem ille morbus vix liberat.

Morbo comitiali laborans vltra forcipes, in praeſentia medici applicandos, torqueri vix poteſt. Virgarum autem aut capitalem poenam ei dictari, inconſultum. BERGER *Elect. Crim. p. 215. et in Supplem. P. 2. Obſ. 173.* Attamen inuenio et fuſtigationem et capitalem poenam quondam epileptico dictatam fuiſſe, addita ſententiae clauſula: Es wolte denn, nach vorgegangenen unterthänigſten Berichte, die höchſte Landes Obrigkeit ihm Gnade erzeigen. Solebant maiores noſtri et hanc formulam adhibere: Es bleibet aber Inquiſiten wegen ſeiner böſen Krankheit, (zumal da er gute Zeugniſſe ſeines übrigen Lebens erhalten, auch in Anſehung der von ſeinem in äuſerſten Armuth ſtehenden ſchwangern Weibe eingelegten Vorbitte) bey der höchſten Landes Obrigkeit um Linderung der zuerkanten Strafe unterthänigſt anzuſuchen, unbenommen.

OBSERVATIO CCLXXVII.

Replica quando libello inſerenda. Exceptio praeſcriptionis non eſt ex officio attendenda.

Interdum opus eſt, vt exceptioni futurae ſtatim in libello reſpondeatur, adeoque replica v. c. interruptae praeſcriptionis, ſtatim actioni inſeratur. BERGER *Oec. Iur. lib. 4. tit. 15. §. 2. n. 3.* WERNHER *P. 6. Obſ. 326. et. P. 8. Obſ. 354.* HORN. *claſſ. 16. Reſp. 19.* Hoc intellige potiſſimum de proceſſu executiuo, non ordinario. LEYSER *Spec. 512. Med. 8.* Etſi enim etiam in proceſſu ordinario dicant exceptionem praeſcriptionis ex officio attendendam eſſe, ego tamen pernego, quoniam actori replica, praeſcriptionem interruptam eſſe, ſemper patet. Neque tamen nego, commode vtiliterque contrahendae litis cauſa committi poſſe hanc irregularitatem, ita pronunciando: Daß Klägers Suchen nicht ſtat hat, er könte denn in Sächſiſcher Friſt, beyden Theilen die Gewiſ-

fensrührung vorbehaltlich, daß er Beklagtens Besiz, also die vorgeschützte Verjährung unterbrochen habe, erweisen. Si autem reus non comparuerit, condemnandus erit, vtut ex libello statim, triginta annos praeterlapsos esse, intelligas. Neque enim video, quare non opposita exceptio ex officio in fauorem rei contumacis suppleri debeat? Nam tempus triginta annorum praeterlapsum esse, ex libello quidem intelligo, sed solus temporis lapsus non facit praescriptionem. Immo hic ipse cursus temporis res facti est. Contumacia autem exceptiones facti perimit, secundum illud: contumax non excipit. Ita extra Saxoniam pronunciamus, in Saxonia autem electorali consulenda. *Constit. Elect. 25. P. I.* Caeterum mihi valde displicere, quae de replica libello inserenda doctores garriunt ex Obseruatione DCXXVII. intelliges.

OBSERVATIO CCLXXVIII.

Vxor fundum dotalem alienatum eo viro frustra vindicat, quia dominium eius naturale dormit.

Mariti facta sunt vxoris facta, nec retractare haec potest, si quid ille in administratione mobilium non satis circumspecte gessit.

Etiam immobilia bona consentiente vxore valide alienat.

1 Saepius accidit, vt vxoris elocatas pecunias probioris monetae, maritus in viliori accipiat et debitorem sine protestatione per apocham liberet. Illa vero damno cognito interesse qualitatis, quod *Agio* dicitur, a debitore petit, quod solutio non sibi, sed tertio nempe marito facta sit, adeoque eius factum sibi nocere non possit. Respondimus: maritum esse legitimum bonorum coniugalium administratorem, adeoque si quid commiserit vxori parum profuturum, ipsum conueniendum esse, non debitorem eius remissione plenissime liberatum, *L. 46. §. 5.*
2 *ff. de administr. et peric.* MEVIVS *P. 4. Decis. 32. n. 8.* Nam quae, mori-

moribus magis quam lege, pupillis libertas competit, vt beneficio restitutionis aut debitorem liberatum aut tutorem conuenire possint, ea in vxores maiorennes non cadit, cum alia ratio in aetatis curatore, quam in eo, cui per legem bonorum administratio mandata est, obtineat. Ipsa enim vxor contraxisse videtur, si administrator legitimus eius nomine quid egerit. *Vide supra Obseruat. CXIII.* Neque contra haec allega verba in Ord. Proc. Rec. tit. 8. §. 1. obvenientia: Ein Eheman aber mag für sein Weib weiter nicht als wenn actus welche keine speciale Volmacht fodern, vorgehen, erscheinen, cum vt ipsa huius legis rubrica demonstrat, in ea tantum de actibus iudicialibus non extraiudicialibus agatur. Esse autem inter iudiciales et extraiudiciales differentiam vel virgines et viduae docent, quae in rebus mobilibus extraiudicaliter omnia sine curatore in iudicio autem sine eo nihil omnino possunt, vt mirum
non sit si marito extra iudicium plura liceant quam in iudicio. Licitum 3
ergo marito, super bonis mobilibus vxoris transigere atque aliquid remittere, cum etiam alienare possit. *L. 42. ff. de iure dot. L. 3. C. eod.* Quid quod, curatori adeo aetatis transigere licet, vt alio tempore demonstrabimus. Tametsi autem alias verissimum sit, ex alterius contractu neminem obligari, tamen obligatur vxor, quoniam per procuratorem perpetuum, eumque legitimum, hoc quasi ipsa fecit. Nonne
seruum dotalem maritus valide manumittit? Est enim dotis dominus, 4
nisi quod finito matrimonio eandem rem in quantitate et qualitate restituit. *L. 42. ff. de iure dot.* Ex hoc sequitur, vxorem si per transactionem mariti aut remissionem laesa sit, ipsa non debitorem liberatum, sed post mortem mariti, huius heredes conuenire posse. Vnde pronunciauimus, daß Mitklägerin Suchen, in Erwegung, daß ihr Eheman sich mit Beklagten, wie er in rechtmäßiger Verwaltung ihres Vermögens und weil ihm an dem Fahrnisse seines Weibes ein dominium ciuile zustehet, wohl thun mögen, verglichen, nicht stat hat.

Quod autem praedia et fundos dotales attinet, explorati iuris est, 5
mortuo marito, eos ab ipso possessore vindicari, si scilicet maritus inuita muliere alienauerit. *L. 30. C. de iure dot. L. 14. C. de rei vind.* Ex quo colligimus vniuersitatem bonorum vxori hereditate obuenientium a marito invita vxore dimitti non posse, quoniam talis vniuersitas bonis immobilibus aequiparatur. Si tamen vidua portionem statutariam capiens

capiens mariti heres extiterit, ne sic quidem vindicabit, vt infra *Obs. CCCCX.* demonstrabimus. De Gerada a marito alienata vide Pertinenz Reg. In hanc sententiam saepius respondimus et nuperrime adhuc mense Maio 1774. Dieweil Klein in der Klage selbst gestehet, daß ihr annoch lebender Eheman Beklagten quittiret, sie ein solches, weil lezterer ein rechtmäßiger Verwalter ihres Vermögens ist, sich gefallen lassen muß, indem Beklagter an denjenigen, welchem denen Rechten nach die Zahlung entrichtet werden muß, selbige geleistet, folglich durch dessen Quittung von seiner Schuld befreyet worden, und bey fortdaurender Ehe, sie wider den Eheman oder jemand anders wegen Verlezung so wenig klagen mag, als einen minderjährigen freystehet, bey annoch währender Vormundschaft, des Vormundes Handlung anzufechten, sondern allererst nach des Ehemannes Tode von den Erben, wenn sie durch seine Nachläßigkeit Schaden erlitten dessen Ersaz zu erlangen, suchen muß, ehe und bevor actio hypothecaria ihr zugestanden werden kann. Auth. Hoc si debitor C. de pignor BERGER Dec. supr. Prouoc. Deuis. 134.

OBSERVATIO CCLXXIX.

Ad denunciandum nemo est obligatus, nisi Fiscales aut quorum ad officium pertinet.

Dominus quantitatem rei furto ablatae vt iurato asserat, cogi non debet.

Licet publicae rei intersit delicta non esse impunita, adeoque iudex sollicite agere debeat, vt malis hominibus purgetur prouincia, *L. 3. ff. de offic. praesid.* tamen, cum nemo ad deferendum et accusandum cogi possit, si furtum passus iurare nolit, hoc pro remissione tacita habetur, quae, cum sic certitudo corporis delicti deficiat, furi etiam non tempestiue professo contra poenam capitalem prodest. *Const. Crim. articulus 214.* qui inscribitur: Daß niemand zu klagen sol genöthiget werden. *Specul. Saxon. lib. 2. art. 60. ibi:* Es mag ein jeder seinen Schaden verschweigen, wenn er will. Tot. tit. *C. vt nemo inuitus agere vel accusare teneatur.* *L. 48. §. 1. ff. de furt.* Nam reticere non est celare, nec scientia criminis commissi nulla ratione pro causa delicti haberi potest.

Durum

Durum omnino ciuem, vt ciuem perdat, cogere et immiti huiusmodi
sententia efficere, vt iurare iussi animus aliquando ob id tacitis morsi-
bus excrucietur. *(Obs. DCX.)* Neque etiam satis commode dominus 2
tanquam testis considerari potest, quoniam haec causa eius quodam-
modo propria, vbi quidem ob priuilegium furum odiosum, idque val-
de singulare, ei creditur, si iurare velit, sed cogi non potest. Id do-
ctrina de testibus probat, quorum aliqui volentes admittuntur, iidem
vero nolentes cogi nequeunt. Etiamsi igitur concesserim, tanquam
testes considerari laesos posse, etiamsi porro priuatam remissionem coer-
citionem publicam minuere quidem, non autem penitus tollere, lar-
giar, tamen quid istud ad rem? cum Constitutio Criminalis et Specu-
lum Saxonicum item titulus Codicis supra laudatus hos testes cogi non
posse, sat clare loquantur. Ac cur tam multa, cum haec iamdudum 3
in Facultate Lipsiensi recepta opinio, quam omnes concedent amplecten-
dam esse, quoniam in poenis, si quaestio, qualis haec ipsa est, in du-
bio pendet, ad mitiorem sententiam nos non ratio tantum sed huma-
nitas quoque impellit. Si tamen in defensionem rei iusiurandum vergat
v. c. si ipse reus per calumniam se accusatum dicens, hoc postulet, cogi
denuncians potest, vt accusationem suam iureiurando firmet. In cri-
mine tamen laesae maiestatis, et quibusdam aliis, quia leges sanguino-
lentae hoc ita iubent, denunciatio necessaria. Iungenda cum hac no-
stra Obseruatione DLXX. DCLXXI. et DCX. Quam insipide Iustitiarii
pagani agant feruore pietatis, sportularum foedam cupiditatem tegen-
tes, poenas sumunt ab iis, qui scelus tacuerunt, doceat meo nomine
non iure consultus sed, quoniam isti valde pii sunt, dicat theologus,
quo maiorem Germania non habet, MICHAELIS, qui ita *Mosaico Iure*
tom. 6. . 290. haec perhibet: Da es auch immer Leute von alzuengen, aus
Unkunden des bürgerlichen Rechts entstehenden, Gewissen giebt, die meynen,
man sey schuldig, alles Böse anzuzeigen, denn man mache sich sonst fremder
Sünden theilhaftig; so beantwortet Moses auch diesen Zweifel, und sagt: das
Angeben wird nicht von dir verlangt, wilst du aber etwas thun, das Böse
zu hindern, so erinnere den, der es gethan hat; und ermahne ihn, sich zu
bessern.

Diese Nicht-Verpflichtung zum Angeben muß bey einem Strafgeseze
gegen falsche Ankläger zum Grunde liegen; denn wo jeder schuldig wäre, alle
M 2 ihm

ihm bekannte Verbrechen der Obrigkeit anzuzeigen, würde es in überaus vielen, ich möchte wohl sagen, in den meisten Fällen, ungerecht und wiedersprechend seyn, den falschen Ankläger zu strafen. Für falsch wird doch die Anklage im Gericht gehalten, wenn sie nicht erwiesen werden kan, und deshalb der Angeklagte losgesprochen wird. Mancher kan ein Verbrechen wissen, ohne den Beweiß, wenigstens den völligen, in Händen zu haben, weil es nicht vor mehrern Zeugen begangen ist; solte der nun verbunden seyn, anzugeben, was er wüste, so müste er nicht gestraft werden, wenn er auch die Anklage nicht wahr machen könte, oder er würde dafür gestraft, daß er that, was das Gesez befohl. Sol er aber ungestraft bleiben, so wird, weil man nicht in das Herz sehen kan, jeder wissentlich falsche Ankläger auch ungestraft bleiben müssen, so lange er nicht überführt werden kan, **boshaft und wissentlich** falsch angeklagt zu haben. Dis wäre ein sehr unglüklicher Umstand, bey dem der Unschuldigste nie seines Lebens, oder doch wenigstens nie seines ehrlichen Nahmens und Ruhe sicher seyn könte, indem doch auch von der falschen Anklage immer etwas haftet, wenn der falsche Ankläger nicht exemplarisch gestraft wird: (und der müste erfolgen, so bald die Moral, die sich einige einbilden, und wohl gar Mosi wider seinen Willen und Dank geschenkt haben, vom bürgerlichen Gesez angenommen wäre, daß der, so etwas böses sehe, schuldig sey, es anzugeben. — Und wo ist, wird man sagen, diese Moral Mosi aufgedrungen? — Wenn man 3 B. Mos. V. 1. so erkläret hat, als solte der ein Schuldopfer bringen, der einen Fluch, ein **der Teufel hohl mich!** gehört und nicht angegeben hätte. Eine solche Erklärung könte vernünftige Leute, wenn sie gewissenhaft wären, und Mosis vermeinte Moral befolgen wolten, zu Narren und in der Republik unerträglich machen, und desto mehr ist es nöthig, zu sagen, wie wenig Moses die Angeber begünstige. Hat sie nicht leicht die Folge, so kommt es daher, weil viele Gewissenhafte nicht so vernünftig sind, die Folgen eines Satzes zu übersehen, viel vernünftige nicht gewissenhaft, und viele vernünftige Gewissenhafte von den Erklärungen nichts wissen, und die Stelle vielleicht blos in der Kindheit gelesen haben.

Zum andern zeiget sich, daß Moses ein unnöthiges Angeben fremder Verbrechen, die uns nichts angehen, mit einem Tadel belegt, sonderlich zwar alsdenn, wenn es aus Feindschaft geschähe, aber doch nicht blos in dem Fall, sondern auch, wenn man den angiebt, den man hätte erinnern und dadurch

bessern

bessern können, der also wohl unser Freund seyn muß. Er sezt zwar keine Strafe darauf, und die soll auch billig nicht seyn, wenn das Angeben keine falsche Anklage ist; allein, so viel folget doch aus seinen Gesezen, daß eine vernünftige Obrigkeit das Recht hat, dem zugedrungenen Angeber einen Verweis zur Belohnung zu ertheilen, und auf sein Angeben, wenn sie nicht etwan aus andern Ursachen die Untersuchung für nöthig hält, gar nicht zu achten.

Du solst deinen Nebenmenschen lieben als dich selbst. Also die Regel, nach der ich, wo ich nicht beleidigter Theil bin, ein Verbrechen angeben, oder nicht angeben soll, ist diese: Wo du es niemanden, auch nicht einem, der dich liebet, verargest, wenn er dich angiebt, da magst du es auch andern thun, wo du aber es als raisonnabel ansiehst, daß einer, der dich liebet, dein Verbrechen nicht eher anzeiget, als bis er darüber vor Gerichte befraget wird, da schweige du auch stille.

OBSERVATIO CCLXXX.

Quaestio fere inextricabilis: de coherede factum defuncti contra heredem impugnante.

Pater duorum liberorum maiori natu, deinde et iuniori, vnum idemque praedium suum vendiderat, atque iuniori, cum alter militiae causa abesset, tradiderat. Post mortem patris aduersus minorem a seniore actione venditi instituta, inter se litigant, cuiusnam praedium sit futurum? Vterque dicit alterum heredem patris esse, adeoque eius factum frustra impugnare. Videri poterat in pari causa melior conditio possidentis. At nos mense Ianuar. 1758. respondimus: Daß Beklagter die Helfte des verkauften Guthes Klägern in Lehn und Würden zu verschaffen, sowohl demselben die Helfte des Schadens, der Klägern dadurch, daß der Handel nicht gleich Anfangs erfüllet worden, erwachsen, ihm zu erstatten schuldig. Adiectae sententiae hae decidendi rationes: Obwohl es das Ansehen gewinnen möchte, als wenn exceptio rei venditae et traditae von Beklagtem gar nicht entgegen gestellet werden könne, weil er selbst zur Helfte des Verkäufers Erbe ist, wannenhero Kläger, daß jener ihm, als dem ersten Käufer, das ganze Guth abtreten müsse, zu behaupten suchet.

Note: in the right margin, "1" stands beside the first line of the Observatio ("Pater duorum … idem-") and "2" beside the line "tio possidentis. … Be-".

Dennoch aber und dieweil Kläger eine doppelte Person vorstellet, immasen er im gegenwärtigen Proceße theils als Erbe, theils als ein Gläubiger seines verstorbenen Vaters, zugleich aber auch, weil er Erbe, als sein eigner Schuldner zu betrachten, solchemnach in Ansehung seiner, die confusio iurium et obligationum nur zu seinen halben Erb-Antheile entstehet.

L. 14. C. de rei vind. L. vlt. C. de contrar. iudic. tutel.

und bekant, daß ein Erbe von seinen Miterben die Helfte desjenigen, so der Erblasser ihm schuldig war, zu fordern berechtiget, solchemnach Klägers Suchen nur zum Theil stat hat, woraus folget, daß Beklagter den Schaden, der aus nicht erfüllten Handel ihm erwachsen, nur zur Helfte bezahlen, auch nicht mehr, als das halbe Gut abtreten müsse, So ist ꝛc. Si latinis verbis clarius forte haec demonstranda sint, animo tecum praedio substitue quantitatem et finge, maiorem natu filium defuncto patri mille thaleros mutuo dedisse, nonne minor quingentos debebit? Certe vltra eam portionem, qua cohaeres successit, obligatio non confunditur. *L. 6. C. de heredit. act.*

OBSERVATIO CCLXXXI.

In criminibus spectamus leges loci vbi delictum commissum, si istae mitiores sint; contra autem si sint duriores, spectamus iura loci vbi accusatur.

De Deditione delinquentium.

1 In delicto spectandas esse leges loci, vbi commissum, saepe et a multis dictum. CARPZOV *Prax. Crim. quaest. 54. num. 49. 50.* WABST Nachr. von Sachs. *p. 47.* Exceptionem autem: nisi leges prouinciae, in qua crimen commissum, sint duriores, vt multa alia, in reorum fauorem, qui haud exiguus, introducere audeo. Nempe cum hoc casu dubium sit, vtrum leges iudicii, vbi accusatur, mitiores an vero leges delicti commissi duriores praeualere debeant? non erit difficilis solutio. Quis enim ignorat iudicem, quoties res in ambiguo pendet, proniorem ad absoluendum, quam condemnandum, esse. *L. 5. ff. de poen. L. 9. ff.*

ff. de reg. iur. *L. 47. ff. de act. et oblig. cap. 49. de re. iur. in 6to.* 2
Immo vix quisquam adeo crudelis, vt poenam exsequi velit, quam ipse absurdam putat. Ita Facultas Lipsiensis Serenissimo Duci Mecklenburgico et Regimini, quod Suerini est, mense Aprili 1767. respondit. Nempe causarum ciuilium et criminalium, vti in multis aliis, ita etiam in hoc exemplo quaedam diuersitas. Finge Mahometanum Constantinopoli dixisse: Christum maiorem prophetam Mahomete esse et ob id Viennam profugum in hac vrbe ob blasphemiam Turcicam a Turcis accusari. Itane Viennenses hominem capite mulctabunt?

Similis quaestio de eo, qui stans in hoc territorio quendam in alio 3
territorio stantem sagitta transfixerit. Licet enim illic, vbi necatus cecidit, delictum consummatum censeatur, tamen si leges loci, vbi occisus stetit, duriores sint, mitiores iubet humanitas praeferre eius loci potius, vbi occisor arcum tetendit. Nam, cum neutro iure satis com- 4
mode possit condemnari, melius est, vt ait HUBER *in Praelect. ad Pandect. lib. I. tit. 3. pag. 538.* omnes has de diuerso prouinciarum iure quaestiones non ex scriptis legibus definire, sed in causis, vbi diuersi legislatores diuersa statuerunt, rationes ex iure gentium aut, quod commune dicitur, Romano arcessere, quae et GROTII sententia *de I. B. et P. lib. 2. cap. 11. §. 5.* At ius gentium pariter atque Romanum minoribus poenis, barbarae gentes maioribus, gaudent.

Nam didicisse fideliter artes
Emollit mores nec sinit esse feros.

Ex quo simul difficultas atque subtilitas tollitur eorum, qui Saxonem 5
itinerantem, si in loco, vbi mulcta pecuniaria coercetur adulterium, tale commiserit, nihilominus capitaliter puniendum propterea statuunt, quoniam iis videtur relicta in Saxonia coniux per factum illud domi potius, quam in extero illo loco laedi, adeoque delictum domi quasi terminari, etiamsi maritus mille ab ea lapides semen exterae immiserit. Nos vero contra. Nam, quae saepius quaestio obuenit, si Misnensis in Misnia, quae gladio ferit adulteros, moechatus fuerit, deinde vero in Lusatia capiatur ibique condemnandus sit, mortis poena non infligitur, quoniam in prouincia, vbi iudicium habetur, hoc delictum non putatur capitale. Quid autem si captiuus ad delicti forum remittatur? 6

tatur? Tunc capite plectendus erit. Recte vero is remitti siue dedi potest, quod adeo verum, vt etiam supplex aduena ob factum, non nisi secundum patriae suae leges punibile, non quidem a principe, ad quem confugit, puniri, attamen populo amico dedi possit. Liberabit se tamen a deditione princeps, si profugum abire permittat eumque sui regni finibus interdicat. GROTIVS *de I. B. et P. lib. 2. cap. 21. §. 5. 6.* Plura de aliis huiusmodi legum collisionibns inferius Obs. CCCCIX. proferam.

OBSERVATIO CCLXXXII.

Quot columbas rustici alere possint?

Quae in sensu iuris Huba sit? quid Iugerum?

Pretium iuridicum eines Akers *est 50. Thalerorum, Hubae 1200. thalerorum.*

Poena columbas necantium aut capientium.

1 Si in statutis villicis non aliud cautum sit, qui mansum siue, quod idem est, *Hubam* possidet, i. e. tot agros ex quibus se et familiam rusticus satis commode sustentare possit, duodecim paria columbarum; et qui dimidiam hubam h. e. zwölf Acker possidet, non plura quam 6. paria columbarum, quae pro modo agri magna summa est, habeat. Qui vero ne dimidium quidem hubae in bonis habet, nullas omnino columbas alat. Nam in hoc plerarumque mores prouinciarum conueniunt.

2 Si quis accusetur, plures apud eum columbas euolare, res ad certum deduci potest visitatione columbarii iudiciali. *Mense Septembr. 1769. ita respondimus:* Daß vermöge des in Teutschland üblichen Herkommens und nach Verhältniß Beklagtens auf dem 27sten Blatte angegebener Aker Anzahl, derselbe mehr als 12. Paar Tauben zu halten nicht befugt, derowegen er bey 5. Thlr. Strafe den neu erbauten Tauben Schlag abzuändern,

dern, und auf hauswirthschaftliches Ermessen dergestalt: daß nicht mehr als 12. Nester darinnen hinlänglichen Platz finden, einzurichten schuldig.

Ludi magistris, ne columbarium in templi tectis instruant, inter- 3
dicendum. Nec molitoribus columbaria permissa, ni simul dimidium mansi habeant.

Si ergo ius sit rusticis columbas habendi, licebit quidem casato, 4
qui germanice ein Häusler dicitur, eas in suo agro pascentes abigere, neutiquam vero iaculando necare. Si fecerit, sex dierum carcere aut mulcta huic pari, immo si saepius fecerit, duriori castigatur, licet furti poena nunquam obtinere possit, quoniam columbae sic captae non ex aliena custodia abductae sunt.

HVBA autem siue mansus, cuius mentionem fecimus, si quae- 5
ratur, quotnam agellis siue iugeribus constet? vix aliquid certi constitui potest. Quo enim fertiliores agri sunt, eo pauciora sunt iugera, quae mansum, quam Hubam dicimus, compleant. Si tamen intermedium numerum ex pluribus eligere et, absque vllo ad singulas prouintias respectu, denominationem ab eo, quod vt plurimum fieri solet, deriuare velimus, Hubam dicamus 24. agellos, siue quod mihi idem est, iugera continere. IVGERVM autem (ein Morgen oder Acker) agri
modus est, quem duo boues vno die arare possunt. Pretium huius- 6
modi iugeris siue agelli (eines Akers) licet itidem pro sterilitate fertilitateue variet, nec certum quid definiri possit, tamen, vt saltim aliquid de ea re statuatur, dicamus: iugerum (einen Aker) siue vt supra definiuimus, eam terrae portionem, quam vno die duo boues aratro vertere possint, circiter 50 Thaleris emi solere; adeoque totam Hubam siue quod idem est mansum circiter 1200. Thaleris aestimari. Hoc tamen intellige de agris tributariis non de nobilibus seu liberis. Hi enim, quoniam a steuris immunes centum thaleris circiter aestimandi.

OBSERVATIO CCLXXXIII.

Non omni furioſo curator dandus. Propter imbecillitatem intellectus nullum vnquam vidi teſtamentum infirmari.

1 Si omnes ſtultos ſub tutela contineri cupiamus, credo equidem, paucos fore, qui curatores eſſe poſſint, quamobrem plane MENOCHIO in *Conſil. 82. num. 221. Vol. 1.* adſentior exiſtimantis: hominem in vnica re delirantem, qualis fuit, quem HORATIVS *lib. 2. epiſt. 2.* deſcribit:

Fuit haud ignobilis Argis,
Qui ſe credebat miros audire tragoedos
In vacuo laetus ſeſſor plauſorque theatro;
Caetera qui vitae ſeruaret munia recto
More, bonus ſane vicinus, amabilis hoſpes,
Comis in vxorem, poſſet qui ignoſcere ſeruis,
Poſſet qui rupem et puteum vitare patentem.

furioſis quidem aliqua ratione annumerandum eſſe, nec tamen curatore indigere, niſi forte cum comoedis tragoedisue contrahere velit. Aiunt enim medici, non metuendum eſſe, vt corrupta in vnica parte phantaſia reliquam prudentiam perdat, quoniam nec reliqua prudentia illam ſubuertit inſaniam. Immo quotidie videmus, vtramque ſatis amice inter ſe conuenire et, quod magnum naturae miraculum, vna in ſede
2 morari. Auctorem grauiſſimum adduco ZACHIAM, qui in Quaeſtionibus Medico legalibus libro 2. tit. 1. quaeſt. 3. et 4. ita philoſophatur: *Aduertendum, non omnes dementes circa omnia errare. Quosdam enim circa omnia, quosdam circa plura, alios vero circa pauca quaedam ſolummodo errare conſtat imo ex illis nonnulli ſunt, qui in nulla re, ſi vnam tantum excipias — Ea omnium medicorum opinio, eſſe nonnullas dementiae ſpecies, in quibus ſola imaginatio deprauata ſit, ſaluis caeteris facultatibus, ratione nimirum, ac memoria. Sciant ergo tam iure conſulti quam medici, me eius opinionis eſſe, quod ex ſola imaginationis laeſione nulla omnino inſania oriatur. Vnde ſi quisquam ſit, in quo ſalua ratione et memoria, ſola imaginatio*

*natio laeſa appareat, hic non niſi maxima iniuria inter inſanos connumera-
bitur, neque absque ſumma iuſtitiae offenſa a ciuilibus actibus celebrandis ob
eam cauſam prohibebitur, vt ab adminiſtratione bonorum ſuorum, a teſti-
monio dicendo, a matrimonio contrahendo, imo et a tutelis adminiſtrandis.*
Haec omnia deinde experientiſſimus ſcriptor argumentis confirmat et
exemplis pluribus, quae facile vnumquemque in eius ſententiam fle-
ctant. Nec in contrarium me mouet, quod alio tempore demonſtra- 3
bimus, ſemel delirantem ſemper delirare praeſumi. Haec regula enim
capienda ſolum de iis, qui in omnibus aut certe pluribus ſemel a ra-
tione aberrarunt, h. e. de vniuerſaliter furioſis, non de iis, quibus
vnica imaginatio falſa nimiumque tenaciter fixa paruam ſolum cerebelli
partem perturbauit. Vnde nec dubitauerim, ſi, qui Argis fuit tragoe- 4
diarum in theatro vacuo ſpectator, hereditatem expilauerit, ſi falſum
teſtimonium dixerit, ſi furtum aut delictum aliud, vt ita dicam, non
theatrale commiſerit, dummodo a poena capitali abſtineatur, virgis
caedi aut alia arbitraria poena plecti potuiſſe, vt formula habet in no-
ſtro FLAVIO GERMANICO *ſ. v. Raſende Num. I.* Per delictum non
theatrale autem, vt iocoſe dixi, tale innuo, quod nullam plane cum
idea fixa coniunctionem habeat.

Caeterum non video, cur tantopere Horatiani illius, qui in va- 5
cuo theatro ſedit, ſtultitiam miremur, cum plures ipſe ego nouerim
illo Horatiano non multum inferiores, quibus, mentis ſumma intacta,
partem tantummodo aliquam compleuit delirium. Omnes enim ſe
ſuaque nimium mirantes, quos graeci philautos vocant, etſi ſint de
caetero ſatis ſapidi, vbi tamen ſecum ſuam ſiue pulchritudinem, ſiue
eruditionem, ſiue prudentiam contemplantur, contemplantur autem
illam quotidie, videre ſibi putant aliquid, vbi nemo quicquam videt.
Ergo ſibi inania in vacuo theatro ſpectacula fingunt, nec Horatianum
illum alia in re ſuperant, niſi quod tectius et ad vulgi captum accom-
modatius furunt. Anne his omnibus curatores dabimus? Habent ta-
men illi, quod nemo negauerit, animum vere perturbatum. Quid
enim philautia quaeſo aliud, niſi quaedam animi informatio falſa, quae
cerebro adeo tenaciter fixa haeret, vt nec morali remedio nec vllo pelli
elleboro poſſit. Haec de furioſis.

6 De obtusis vero eadem doctrina, nempe qui hebetioris sunt ingenii et stupidi non illico mente capti. Vnde mense Ianuario 1767. Praefecturae Dresdensi ita respondimus: Dieweil die Schwachheit menschlichen Verstandes ihre verschiedenen Stufen hat, ehe sie zu einer solchen Blödigkeit, welche die Verwaltung eigenthümlichen Vermögens hinderlich, ansteiget, und was die Zeugen von G. v. M. Gemüths-Umständen aussagen, mehr eine außerordentliche Nachläßigkeit und Unbesorgnis in seinem Hauswesen, (welche jedoch zuweilen auch Personen, so mit ziemlichem Verstande begabet, eigen ist,) als einige Unvernunft zu erkennen geben, mithin, daß er seiner Sinnen zur Zeit des geschlossenen Kaufes gar nicht mächtig gewesen, um so weniger zu behaupten, da am 18ten Febr. des 1764sten Jahres die Abgeordneten des Raths zu Dresden solchen Kauf von ihm anzunehmen und gerichtlich zu bestätigen kein Bedenken getragen, übrigens bewährte Rechtslehrer, daß, wenn der Blödsinn nicht einen alzu hohen Grad erlanget, ein damit behafteter nicht allein keines Vormundes bedürfe, sondern nach Gelegenheit wohl selbst Vormund werden könne, ausgeführet, allermasen zwischen ziemlicher Einfalt und völliger Tumheit noch allemal ein Unterschied obwaltet, So ist ꝛc. Et iterum mense Septembr 1768. Dieweil die bey hohen Alter von 82. Jahren an dem Testirer verspührte Abnahme seiner Gemüthskräfte sich schwerlich bis dahin erstreket haben dürfte, daß er nicht, was er für Grundstüke dem Sohne, und welche er denen von der verstorbenen Tochter hinterbliebenen Enkeln habe gönnen wollen, (als wozu sonderliches Nachdenken und eine scharfsinnige Zusammenhaltung vieler Schlüsse eben nicht erforderlich) hätte begreifen sollen, und er sein Testament persönlich, ohne einigen Beystand, der Obrigkeit in der Rathsstube übergeben, und aber in der dießfals gefertigten Registratur, daß er sich bey schwachen Verstand befunden, nicht bemerket, also die Rechtmäßigkeit der Handlung und daß alles gesezlich vorgegangen, zu vermuthen, und die Stärke des öffentlichen Glaubens, daß man diesfals ein Mißtrauen hege, keinesweges zuläßet, vielmehr dafür zu halten, daß wenn die Obrigkeit eine Blödigkeit des Verstandes an ihm verspüret hätte, sie sein Testament nicht angenommen, oder doch wenigstens eine so wichtige Bedenklichkeit angemerket haben würde, und der Verstand äuserst zerrüttet seyn muß, wenn man von einer solchen Person, daß ihr kein Wille beygemessen werden könne, mit Recht behaupten mag ꝛc. Et iterum ad Francofurtenses ad Moenum: Daß die beschehene Ceßion für gültig zu achten, es könnten und wolten denn Beklagte nunmehrige Vormünder

daß

daß ihre Pflegbefohlne zur Zeit der vor zwey Jahren unternommenen Ceßion dergestalt blödsinnig gewesen, daß sie nicht gewußt was sie vorgenommen, und davon die gehörigen Begriffe nicht gehabt, erweisen 2c. Additis rationibus: Dieweil seltene Fälle niemals vermuthet werden, die Präsumtion daß jemand so viel Verstand habe, daß er wisse was er unternehme, solange vorwaltet, bis nicht durch öffentliche Bestellung eines Vormundes jederman mit ihm zu contrahiren verwarnet wird, wannenhero Handlungen mit einfältigen und schwächlichen Personen, obschon ihr geringer Verstand allermänniglich bekannt gewesen, nichts destoweniger für gültig zu achten, jedoch Beklagten der Beweiß des völligen Blödsinnes nicht abgeschnitten werden mögen, weil die Einwilligung das Wesen der Geschäfte ausmachet, ohne Einsicht aber sich keine Einwilligung denken läßt, wie denn wenn einer der Contrahenten auszuführen vermag, daß er zur Zeit des geschlossenen Handels dergestalt, daß er seiner Sinnen nicht mächtig, betrunken gewesen, an den Handel nicht gebunden ist, also auch bey Blödsinnigen, nicht alles auf die Zeit, da sie Vormündere bekommen, zu sezen, sondern auch die vor deren Bestätigung in wahren Blödsinne geschlossenen Handlungen, nicht bestehen mögen. Inpri- 7
mis susceptum ab eiusmodi mente semi capto siue semi furioso negotium valere putauerim, si non ridiculum sit aut insolitum, sed tale, quod etiam sapiens forte peracturus fuisset. Si autem dubiae sanitatis actus sit, valebit regula, quam infra Obs. CCCCLIX. proponemus.

OBSERVATIO CCLXXXIV.

Iniuria non est, si honoratiori obuius, contemtus causa, caput non aperias.

Iniuria et omittendo fit, vt si quis in alterius contumeliam doctoris 1
titulum aut aliam, quo alter ab imperatore aut principe ornatus est, studiose omittat. Nam iniuriandi animus attenditur, qui non solum facto, sed etiam omissione facti, ad quod quis obligatus est, elucescit. Quid autem, si in conuiuio aliquem poculo non salutes siue, 2
vt dicere solemus, in eius honorem et sanitatem non bibas, si honoratiori tibi noto obuius pileum non detrahas, nec stanti adsurgas? Re-

ſpondeo, quia talem reuerentiam honoratiores ſolum iure imperfecto exigere poſſunt, nec plena quemquam ad id obſtringit obligatio, vix poene locum fore, adeoque nec iusiurandum purgatorium hoc modo: Daß er dieſes nicht in der Meynung jenem dadurch ſeine Verachtung an den Tag zu legen, unterlaſſen habe, vllo modo imponi poſſe, quoniam non omnis contemtus poenam habet, ſed iniuſtus tantum, *L. 13. §. 4. ff. de iniur.* vbi Labeo eum, qui conſultus de honoribus alicuius decernendis paſſus non ſit decerni, licet contumeliae cauſa fecerit, iniuriarum teneri, negat. Aliud enim eſt, alicui honores decretos detrahere, aliud non decernere. Putasne philoſophos mulctandos eſſe, qui homines ſtultos, licet potentes, minoris aeſtimant: contra vero in humili caſa pannum agreſtem, ſi meritis ſplendeat, magnifaciunt.

In ſubditis tamen et vaſallis haec omiſſio curialitatis iniurioſa, quoniam in iure Feodali Allemannico *cap. 6. §. 3.* ita ſcriptum eſt: Es ſol ouch ein Man ſeinen Herren eren mit Worten und mit Werken. Er ſol ouch gegen ihn uffſton, er rite oder gange. Er ſol ime ouch den Stegereyf halten, ſo er uf wil ſizen, und das thun eineſt in dem Tag, damit iſt ſin genug; ad quem locum SCHILTER annotat, in ſuo manuſcripto adiecta eſſe verba: er ſol ouch die Kappen gegen ihn abziehen, er ſol ime ouch vor laſſen gan. Idem dicendum de magiſtratibus aut aliis in officio nobis praepoſitis. Certe apud Romanos lictor turbam magiſtratui occurrentem ſubmouebat atque, vt via decederent, improuidos monebat. Hunc ſalutationis honorem etiam ſculteto pagano a conuicanis deberi, exiſtimo et inter cognatos patri, matri, ſocero, ſocrui, vitrico, nouercae, patruo et auunculo, non autem ſeniori fratri nec caeteris cognatis.

OBSER-

OBSERVATIO CCLXXXV.

De vno homine plures ſuſtinente perſonas.

Aſſeſſor duorum collegiorum quomodo ſe gerere debeat, ſi inter ſe haec collegia diſſideant.

Principis regiminis collegium non poteſt praeiudicare eius camerae.

Vaſalli duorum principum bello inter hos coorto, adhaereant ei qui iuſtus.

Scripſit de hac materia diſſertationem ſingularem HERTIVS. Nos, 1
quae nobis ſuccurrunt exemplis, quoniam huius diſcrimis rationem probe peruidiſſe, in controuerſiis decidendis egregiam vtilitatem praebet, rem illuſtrabimus, nec non Hertiana quaedam noſtra faciemus.

Ipſe rex, quando contractus celebrat ſuam perſonam aut pro- 2
prium patrimonium attinentes v. c. ſi matrimonium celebrat, priuatus eſt. Alia enim regis alia regni bona. Vnde diſtinguendi ſunt contractus quos princeps vt caput reipublicae pangit, a contractibus quos celebrat, vt membrum ſocietatis ciuilis eſt. Nonne ſi ludum talarium cum ſubdito aut in alea ludit, ſe huius ludi legibus ſubmittet? Improbus fuerit, qui in tali certamine auctoritate ſua et imperio vtatur ad circumueniendum aut defraudandum colluſorem ſuum. Vt autem in ludo, 3
ita in omni reliquo contractu ſe res habet. Nonne enim ad laudemium princeps et canonem ſubdito ſuo tenetur, ſi praedium comparauit, in quo ſubdito ius emphyteuticarium competat? Tanquam priuatus vtitur SCto Macedoniano et gaudet reſtitutione in integrum, plane vt alii in ciuitatibus magiſtratus, qui multa priuatim, alia publice gerunt. WERNHER *P. 10. Obſ. 469.* Quod ſi enim princeps legibus a ſe latis ipſe parere debet, vt infra Obſ CCCCLXXX. demonſtrabimus, nihil eſt aequius, quam vt etiam beneficiis iuris priuati fruatur. Eo- 4
dem modo conſul et praeſes prouinciae apud ſemet ipſum emancipat filium, adoptat et contractus a ſe celebratos ipſe iudicialiter firmat.

L. 2. ff. de off. praetor. L. 2. ff. de off. praeſid. L. 5. ff. de manum. vind. et vaſallus domino directo coram ipſo valide oppignorat CARPZ. *P. 2. C. 23. Defin. 6. et lib. 4. Reſp. 31.* et vice verſa dominus vaſallo *Suppl. Cod. Auguſt tom. I. p. 20. 32.* Plane vt in naui gubernator vnam ſuſtinet perſonam communem cum omnibus, qui eandem conſcenderunt nauem, qua ipſe vehitur, alteram propriam, qua gubernator eſt: ita in omni populi moderatore. Ecce Imperator Germanicus, quatenus ducatus aut comitatus poſſidet, princeps eſt imperii, non imperator.

Mittebatur nuper ad nos quaeſtio, cum Regimen principis in litteris
5 inueſtiturae homini cuidam in feodum dediſſet inter caetera montem, in quo ſilua, camera autem eiusdem principis hunc montem ſibi vindicaret, an pro camera pronunciari poſſit, quae docebat longiſſimo tempore ligna in hoc monte caeſa ad ſe perueniſſe. Vaſallus autem litteris inueſtiturae nouiſſimis innixus, principem ſuo facto proprio, quo montem in feudum ſibi dediſſet, contrauenire non poſſe, aſſerebat. Nos camerae ligna adiudicauimus. *arg. L. 1. C. de compenſ.* Sunt enim Camera et Regimen diuerſae ſtationes. In actibus a camera ſuſceptis princeps perſonam magis priuatam induiſſe videtur; in Regimine autem quod actum eſt, a principe, tanquam publica perſona, ſuſceptum. In actibus a regimine ſuſceptis princeps nullam habet reſtitutionem in integrum, ſi quid autem per cameram facit actibus regiminis contrarium, habet fiſci ſub velamine in integrum reſtitutionem.

Addo aliud: iudicis regiſtraturae non faciunt publicam fidem, in rebus vbi ipſe iudex cum aliquo litigat *(Obſ. DLV.)* vnde ampliſſimo Senatui liberae ciuitatis Muhlhuſanae menſe Iulio 1771. reſpondimus: Dieweil das Zeugniß in ſeiner eigenen Sache auf alle Art und Weiſe ſchlechterdings ungültig mithin fides publica dergleichen zu ſeyn aufhört wenn öffentliche Perſonen oder das gemeine Weſen ſelbſt entweder Klägers oder Beklagtens Stelle vertrit, ſolchemnach der Auszug aus der Cämmerey Rechnung wieder einen Schuldner der Cämmerey nicht ſo fort für einen Beweiß anzunehmen.

A iure publico ad priuatum tranſeamus. Tutor ſibi relictum le-
6 gatum petens, tamen nomine pupilli poteſt inofficioſi querelam mouere §. 4. *Inſt. de inoff.* Contra autem, ſi res pupillares vili pretio vendiderit,

diderit, atque reſtitutionem in integrum petat, cum hoc non ſuo no-
mine, ſed quoniam tutor eſt, inſtituat, repellitur. Nemo enim ſuo
proprio facto contrauenire poteſt. Sic pater et filius inter ſe vna, in- 7
tuitu extranei autem, duae perſonae putantur. Item heres et defun-
ctus, ſi hereditatem ſpectes, pro vno eodemque homine habentur,
caeteroquin autem quod heres debet, defunctus non debuit, hinc ius
ſeparationis in concurſu. Membrum vniuerſitatis quod cum vniuer- 8
ſitate litigat, teneri ſumtus litis contra ſemet ipſum miniſtrare, in Ob-
ſeruatione ſequenti dicemus. Item aſſeſſorem iudicii poſſe actus im-
pugnare ipſo praeſente ſuſceptos, inferior Obſeruatio CCCCXI. mon-
ſtrabit, quemadmodum et mandantis et mandatarii perſonas mox vnas
mox diuerſas eſſe, iam Obſeruatio ſuperior CXIII. docuit.

Germaniae epiſcopi et principis faciem habent et clerici, vnde ab 9
iis in rebus eccleſiaſticis ad pontificem, in ſecularibus ad imperii tribu-
nalia appellatur. Qui autem duas perſonas ſuſtinet, is in rebus, quae 10
ab alterutra plane ſuſcipi nequeunt, eligit, quam perſonam velit reſpi-
ci, vt in hermaphrodito videmus. Mittere ergo debet, quae alterutri
perſonae plane ſunt contraria. *Tot. tit. ff. de except. rei vend. et trad.*
Narrant ruſticum epiſcopo cuidam venanti obuium, riſiſſe et quaeren-
te eo, quare rideret? reſpondiſſe: ſibi mirum videri clericum venari,
cum ſancti canones id prohibeant. Illum vero antiſtitem iterum quae-
ſiſſe: anne ignoraret Germaniae principes duplicem perſonam ſuſtinere?
Se in hac ſilua venari non qua epiſcopum, ſed quatenus ſit imperii prin-
ceps. Tunc vero comploſis manibus ruſticum in immoderatos cachin-
nos effuſum contra interrogaſſe: ſi diabolus principem abripiat, vbi
epiſcopus ſit futurus?

Quod proteſtantium principes attinet, noua iterum diſtinctio, cum 11
in ſuis territoriis et principes et ſupremi in rebus ſacris ſint epiſcopi. 12
Sed in naturali quoque et gentium iure haec perſonarum duplicitas ob-
ſeruanda. Si quidem in noſtro *Iure Mundi Vniuerſali* copioſe demon-
ſtrauimus, omnes in iure naturali diſſenſiones et controuerſias ex eo
promanaſſe, quod nonnulli philoſophorum hominem vt merum ani-
mal, caeteri autem eundem hominem, neglecta eius animali parte, tan-
tum vt rationalem contemplarentur, cum tamen duabus quaſi perſo-

nis induti, neque sola mente et ratione, neque tamen etiam corpore solo constemus et mera animalia simus.

13 Mirifice illustrat hanc moralem duplicitatem, quae interdum physica contingit. BVCHANANVS libro XIII. Rerum Scoticarum tale exemplum refert: *Natum est*, inquit, *in Scotia mirabile monstrum, inferiore quidem corpore specie maris nec quicquam a communi hominum forma discrepans: vmbilicum supra, trunco corporis ac omnibus reliquis membris geminis. Id rex diligenter et educandum et erudiendum curauit ac maxime in musicis, qua in re mirabiliter profecit: quin et varias linguas edidicit. Et variis voluntatibus duo corpora secum discordia discutiebant, ac interim litigabant, cum alii aliud placeret, interim velut in commune consultabant. Illud etiam memorabile in eo fuit, quod cum inferne crura lumbiue offenderentur, vtrumque corpus communiter dolorem sentiret: cum vero superne pungeretur aut alioquin laederetur, ad alterum corpus tantum doloris sensus perueniret. Quod discrimen etiam in morte fuit magis perspicuum; nam cum alterum corpus complures ante alterum dies extinctum fuisset; quod superstes fuit, dimidio sui computrescente paulatim contabuit. Vixit id monstrum annos viginti octo, administrante rem Scoticam Ioanne Prorege.*

14 Mihi qui pluribus collegiis intersum saepe obuenit, vt contentionibus coortis nescirem, cuius in me defensionem susciperem. Sunt qui regulam tradant: vnum hominem in duobus collegiis assessorem, si haec inter se contendant, semper suscipere debere in se partes collegii, in quo nunc votum dicendum sit, vt si in Capitulo Martisburgensi sedeam, debeam contra curiam supremam Lipsiensem pronunciare, et si sententiam interroger in curia suprema, contra Capitulum dicam. Qui autem hoc fecerit, quomodo praeuaricationis a se suspicionem remouebit? Vnde tutissimus ibit, qui plane taceat et in conflictu duorum collegiorum neque huius neque illius defensionem in se suscipiat, siue alterutrius iustam siue iniquam causam putet. Idem faciendum suaserim in vasallo duorum Dominorum si inter hos bellum oriatur. Hostenditias mittat vtrique aut si velit utrique substitutum, ipse autem interea quiescat. Vide infra Obs. DCXCVII. vbi de iudicibus duobus de iurisdictione ciuis altercantibus. Adde etiam Obseruationem CCCCIX.

OBSERVATIO CCLXXXVI.

An membrum vniuerſitatis cum vniuerſitate litigans ad ſumtus litis contribuendos cogatur?

Negat hoc LEYSER *Spec. 84. Med. 12.* quoniam recta ratio permit- 1
tere non videatur, vnam perſonam et petitoris et rei partes ſus-
tinere. Haec ſenſum non habent. Neque enim ſi ciuitas litigat, ſin-
guli litigant. *L. 7. §. 1. ff. quod cuiusque vniuerſ. nom.* quemadmodum
quod vniuerſitati debetur, ſingulis non debetur. *(DCI.)* Centeſima
vniuerſitatis pars non eſt ipſa vniuerſitas, adeoque ille ſecum non liti-
gat, nec vlla vnquam in corpore collectiuo habetur ſingulorum ratio.
Finge ſumtus litis ex arca communi depromi, quod permiſſum eſt vni-
uerſitati ſeu collegio, nonne vel hac ratione eueniet, vt ipſius pe-
cunia contra ipſum vertatur? Si pendente lite ruſticus noſter com-
munia paſcua et caetera conuicinorum commoda non deprecatur,
cur non et oneri ſubiaceat? In regno Germaniae ſi contra principem 2
bellum imperii decretum atque ille armis victus fuerit, non dubito,
quin ſuam quoque ratam impenſarum et reſiduas belli collectas re-
fundere teneatur.

Interea tamen, cum hodie vniuerſitate litigante ſingulis declarare 3
liceat: ſe non adhaerere caeteris, ſed cedere potius quam contendere
velle et tunc a ſumtibus immunes ſint, id eodem modo ſi fecerit con-
uicanus, qui cum vniuerſitate litigat, ſe per indirectum liberabit. At
ſi ex arca communi ſumtus depromantur, tanquam in re indiuidua,
haec proteſtatio ei parum proderit. Capit haec obſeruatio maiorem ex
antecedenti lucem, quam conſulas.

OBSERVATIO CCLXXXVII.

Nunquam tortura, ne minima quidem decernenda, nisi sententionantes sine vlla haesitatione iurare possint, se delictum vere commissum credere. Tortura beneficium est.

1 Nunquam torturam decernendam esse, nisi iudex de credulitate iurare possit, crimen vere commissum esse, ante me plures sed aliis verbis et paulo forte obscurius dixerunt, inter quos LEYSER, ex cuius *Specimine 641. Meditatione 6 et 7.* hanc regulam elicio: Debet iudex torturam decernens plene conuictus esse naturaliter, nec aliud quicquam deficere, nisi ciuilis siue iuridica certitudo. Rationes huius rei ex nostra superiori *Obseruatione CCLIX. DCXXXII. et Constitutione Criminali art. 20. et 23.* repetendae.

2 Ita vero, dixeris, summus torturae gradus sine discrimine omnibus ita grauatis dictandus erit. Hoc non sequitur. Nam ipsa animi conuictio suos gradus numerat, cum nullum in Grammatica Adiectiuum sit, quod Comparatiuum non habeat et Superlatiuum. Sic vixisse aliquando CICERONEM et contra Catilinam declamasse, item fuisse quendam Syracusae ARCHIMEDEM, qui proportionem cylindri ad sphaeram ipsi inscriptam inuenerit, mihi tam firmiter persuasi, vt quotiescunque a me exigatur, de credulitate iurare velim, sed multo tamen certius hominem bilosum vultu truci et furibundo a laeso inimico se fuga proripientem, qui madentem cruore gladium in manu teneat, hunc vulnerasse crediderim, inprimis si laesus ipse hoc ante mortem dixerit. Nec tamen haec summa certitudo, cum multo confidentius me manum habere iurauerim aut pedem. Itaque vt quaeque res iudici probabilior, ita torturae gradus variabit.

3 Ex his facile apparet torturam si ita, vt debet, infligatur, in reorum fauorem introductam esse. Nam in iis regnis, quae a quaestionibus et equuleo se abstinent, si iudices iurauerint, se credere reum delictum commisisse, illico morte mulctatur. Nos vero hoc casu de-

mum torturam decernimus, quam eodem iure, quo cessio bonorum
ita dicitur, flebile beneficium appellare non dubito. Nempe quo tor-
tura grauior, tanto maius beneficium. Venit mihi, dum haec scri- 4
bo, in mentem, anne similiter liceat hanc quoque regulam formare:
*Quotiescunque excusationes pro depellenda suspicione reus adeo pro-
babiles attulit, vt iudex de credulitate iurare possit, eum vera di-
xisse nec crimen commisisse, plane absoluendus nec purgatorio grauan-
dus est.* Nihil mihi magis videtur rationi consentaneum, quam haec
regula, licet a quibusdam nihilo minus purgatorium in honorem, vt
loqui amant, dictatae inquisitionis decerni videamus, etiamsi reum in-
nocentem credant, vt is saepe non probabilitatis sed merae possibilita-
tis indicia iurato declinare cogatur, quod fieri non debebat, quia quo-
ties in causis criminalibus iudici: sibi non liquere, fatendum est, ipsa,
quae ab homine nomen habet, humanitas reum absoluit. Neque vi- 5
deo, quomodo atrocitas criminis nos ad torturam siue spiritualem siue
corporalem facilius mouere possit, si quidem probabilitas, plane vt
veritas, semper eadem, siue circa paruam siue magnam rem versetur.
Errant igitur, qui in atrocissimis delictis leuiora indicia ad torturam suf-
ficere putant, quia magnis criminibus acrius succensemus. Nec pro-
bo hoc tamen, quia iudex, si sapiens est, nunquam irascitur. Quid
quaeso criminum differentia ad facti quaestionem et probabilitatis
gradum?

OBSERVATIO CCLXXXVIII.

Etiam qui se in solidum obligarunt, gaudent beneficio diuisionis.

Obligatio als Selbstschuldner *non inuoluit renunciationem beneficii excussionis.*

In vniuersis nunc iudiciis recepta sententia, correos debendi, si se obligauerint einer für alle und alle für einem, und zwar in solidum, nisi insuper diuisionis beneficio renunciauerint, non vltra ratam teneri, etiamsi adiecta fuerint verba: in solidum. *Nouell. 99. L. 3. C. de fideiuss.*

BERGER *P. 1. Resp. 277. n. 5.* Nihil enim talis obligatio amplius nisi tacitam clausulam continet: si reliqui soluendo non sint. CARPZ. *P. 2. Const. 17. defin. 9.* Vide infra Obseruationem DCXXVI. et DCX. Vix aliquid plus inest verbo Selbstschuldner, vt pote non inuoluens renunciationem beneficii excussionis, PÜTTER auserlesene Rechtshändel *Part. 2. Obs. 80.* Vide infra Obs. DCXXVI. Vide tamen Constit. 17. P. 2. quam in Obs. DCXC. allegauimus.

OBSERVATIO CCLXXXIX.

Qui incertum confitetur, cogi potest, vt certum fateatur.

Probat hanc rubricam nostram *L. 6. §. 1. ff. de confess. Cap. 32. X. de iureiur.* LEYSER *Spec. 141. Corol. 4.* Item si probatum fuerit, aliquid deberi, etiamsi quantum debeatur? non constet, cogitur iureiurando manifestare reus, quantum debeatur. *(Obs. DCCLXXVI.)*

OBSERVATIO CCXC.

Dos a patre obaerato filiae promissa quando ex concursu peti possit?

Dotem promissam ex concursu semper peti posse, existimat PUFENDORFIUS *Tom. 1. Obs. 66. §. 4. et. 5.* nec enim dos donatio mere lucratiua *L. 56. §. 1. ff. de iur. dot.* Nos, si haec species obuenerit, ita pronunciare solemus: Daß der verheyratheten Tochter Suchen nicht stat hat, sie könte denn in Sächsischer Frist, dem Curatori Litis den Gegenbeweis, Gewissensrührung und andere rechtliche Nothdurft behältlich, daß zur Zeit, als der Vater ihr solche Mitgift zugesaget, von seinem Vermögen, nach Abzug seiner damaligen Schulden noch so viel, als die ihr versprochene Summe betragen, übrig gewesen, und sie also ohne derer Gläubiger Schaden damals wohl hätte befriediget werden können, wie Recht erweisen, so ergehet ihrer Location halber ferner was Recht ist. Hoc si probauerit inter

Hypo-

Hypothecarios collocatur. De dote non promissa sed iam soluta extat L. fin. §. 1. ff. quae in fraud. cred. huius sententiae: *Si a socero fraudatore sciens gener acceperit dotem, tenebitur actione Pauliana, et si restituerit eam, desinit dotem habere, nec quicquam restituit. Quodsi is* ignorauerit, *filia autem sciuerit, tenebitur filia. At si neuter scierit, quidam existimant, nihilominus in filiam* (restituta nempe dote) *dandam actionem esse, quia intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam peruenisse, aut certe cauere eam debere, quod consecuta fuerit, se restituturam. In maritum autem qui ignorauerit non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur acceperit: cum is indotatam vxorem ducturus non fuerit.* Secundum hanc legem mense Ianuario 1774. ita respondimus: Dieweil das angezogene Gesez, nur von einer Tochter, welcher nach dem Tode ihres Mannes oder nach erfolgter Ehescheidung ihre Mitgift wieder erstattet worden, anzunehmen folglich da Beklagte die von gemeinen Schuldner vormahls ihr geschenketen tausend Thaler ihrem noch lebenden Ehemanne albereits zugebracht, auf alle Fälle weiter nichts, als die in solchem Geseze erwehnte Sicherheit von Beklagter zu verlangen stünde, davon aber in der Klage nirgend gedacht worden; Uebrigens auch dieses Gesez von dem Falle, wenn der Schwiegervater ein Betrüger gewesen und seines schlechten Zustandes ungeachtet etwas geschenket oder zu schenken versprochen.

OBSERVATIO CCXCI.

Antiqua scriptura quodammodo vitiosa fidem meretur, nisi falsi probabiles notae adsint.

In antiquis etiam copiae vidimatae recognoscendae.

Documenta antiqua, inprimis ex tabulario publico depromta, nimis 1
rigide non examinanda, sed interdum etiam sine subscriptione probant, nec superlinearia emblemata fidem prorsus infirmant. *Vid. infra Obs. CCCIII. et DCCLXXXVI.* GAIL. *lib. 2. Obs. 149. n. 8.* BERLICH *P. 2. Decis. 284.* Sunt autem scripturae antiquae, si eum, 2
qui scripsit, adhuc viuere possibile non sit; adeoque septuaginta annorum transcursus instrumentum facit antiquum. Quidquod etiam copiae

piae siue exempla antiqua veteris scripturae, inprimis si a notario quondam confecta sint, recognosci debent, vt WERNHEK *Tom. 3. p. 227. Obs. 305.* demonstrauit. An vero hae scripturae antiquae ex tabulario depromtae pro ipso magistratu aut ecclesia aut opificio adeoque pro scribente probent cum LEYSERO *Spec. 168. med. 6.* non penitus affirmare ausim, sed in ea re arbitrium iudicis valere vt pro causarum varietate et suspicione aut veri aut falsi de earum fide iudicet. Hoc certum est plenarie pro magistratu vel ecclesia nunquam probare, sed tamen haud leviter opitulari et reliqua testimonia iuuare. *Obs. CCX. Reg. 10.* Adde *Obs. CCCIII. DCXXX. DCCLXXXVI.*

OBSERVATIO CCXCII.

Contra documenta nouiter reperta noua Reprobatio admittitur.

Hanc esse Iudicii Appellationum Supremi iustam sententiam, discimus ex RIVINO *tit. 21. Enunc. 51.* et BERGERO *El. Disc. For. tit. 24. Obs. 3. not. 2.* Si modo articuli reprobatoriales non ad alias res, sed tantum ad frangendas huius documenti vires, aut elidendas ex his deductas conclusiones, dirigantur. Eodem modo contra testes in locum testis demortui substitutos noua interrogatoria admittenda esse, inferior Obs. DXII. demonstrabit.

OBSERVATIO CCXCIII.

Prolongatio cambii subscriptionem debitoris requirit.

Nam si creditor prolongationem in litteris cambialibus ipse annotauit, poterit ei opponi exceptio praescriptionis, quae per replicam prolongationis non in continenti eliditur, quia scriptura pro scribente nihil probat.

OBSER-

OBSERVATIO CCXCIV.

Generalia de Pertinentiis et fundorum, aliarumque rerum accessionibus.

Quam Indici Pertinentiarum germanice scripto praemisimus generalem de Pertinentiis introductionem, in priori Rhapsodiae editione repetieram quod nunc, vt chartae parcatur non facio sed lectorem ad huncce libellum remitto.

OBSERVATIO CCXCV.

Exceptio enati concursus nec litis est ingressum impediens, nec sententiam definitiuam remoratur.

Moto concursu actiones particulares cessare, omnesque creditores ad forum vniuersale remittendos esse, non omnino verum.

A tempore, quo magistratus debitori bonis interdixit, appellatur ein Credit Wesen, *a tempore affixarum edictalium immo iam post cessionem bonorum dicitur* ein Concurs.

Si ne bonis quidem interdixerit iudex, at quis adeo sit obaeratus, vt omnes conturbationem praeuideant, concursus appellari potest materialis, quia formalis demum post cessionem bonorum solenniter factam atque secutas edictales incipit.

Inter varias reorum exceptiones et haec aliquoties obuenit, vt conuenti debitores dicerent: se bonis cessisse, adeoque hanc causam

particularem ad iudicium vniuersale remittendam esse, neque se in alio foro creditoribus respondere. Non nego post edictales emissas concursum efflorere, sed etiam antea, si bonis cessit, eatenus concursus incipit vt alienare amplius nequeat. MEV. *P. 6. Decis. 104. vide infra Obs. DXXXIX.* Neque tamen semper iudicia particularia peritus se sistunt, coorto vniuersali, quod LYNKERI Decisio 26. deinde etiam sequentes decidendi rationes Mense Martio 1767. a nostro Collegio
2 datae indicant: Obwohl Beklagter ein öffentliches Zeugniß, daß er sich dem Banquerutier Mandate unterworfen habe und ihm hierauf ein sicheres Geleite wider seine Gläubiger ertheilet, also das Creditwesen, besonders die Sequestration seines Vermögens, annoch anhängig und nicht beendiget sey, in beglaubter Form beygebracht, als woraus er, daß wider ihn alhier, zumal executivisch nicht geklaget werden möge, unter andern auch um deswillen zu behaupten suchet, weil nach der Erl. Proc. Ordn. tit. 41. §. 4. bey Concursen keine Wiederklage stat findet, sondern die Ausflüchte des Schuldners
3 zugleich bey dem iudicio vniuersali erörtert werden sollen, auch Kläger darinnen, daß er meynet, als wenn dasjenige, so Beklagter wegen seines anhängigen Creditwesens anitzt nicht werkthätig zu machen vermöge, hinkünftig seines Curatoris bonorum Obliegenheit werden müsse, irrig ist, sintemalen wenn Kläger bey künftigen Concurse seine Forderungen nicht liquidirte, den künftigen Curatorem bonorum gegenwärtiges Urthel, wodurch Beklagter das Haus abzutreten, für schuldig erkant wird, zu nichts verbindet; Ferner Klägers Gegenantwort, daß noch zur Zeit, weil weder Edictalien ergangen, noch ein Curator verpflichtet, kein förmlicher Concurs, sondern blos ein Creditwesen entstanden sey, in keine Erwägung kommet, sintemalen, wenn auch gleich der Unterschied zwischen einem völlig ausgebrochenen Concurse und einem entstandenen Creditwesen, seine gute Richtigkeit hat, nichts destoweniger auch bey leztern der Schuldner, so bald er sich nur angegeben, nunmehro weiter einen Gläubiger vor den andern zu befriedigen oder etwas zu veräusern auser Stande;

4 **Dennoch aber und dieweil** kein Gläubiger bey dem Concurse zu liquidiren gezwungen werden, wohl aber derselbe sich sein Recht bis auf Verbesserung der Vermögens Umstände vorbehalten kan, auf welchen Fal Klägern gegenwärtiges Erkentniß dereinst zu statten kommen muß, wie denn so gar demjenigen, so bey dem Concurse zu liquidiren gedenket, vorher ein rechts-

kräfti-

kräftiges Urthel, welches ihn sodann von fernern Beweise befreyet, erlanget zu haben, nüzlich ist, überhaupt aber, wenn der Concurs auch wirklich schon eröfnet wäre, dieses in gegenwärtiger Sache zu erkennen nichts hindern würde, weil ob Beklagter das Haus abzutreten vermögend oder nicht? sich erst bey der Hülfs Volstrekung zeigen wird, wie denn die ex *L. 6. §. 7. ff. quae in fraud. cred.* abgeleitete sonst gar bekante Regel: moto concursu actiones particulares cessare, omnesque creditores ad forum vniuersale remittendos esse lediglich von der Execution oder allenfals nur von denen Gläubigern, so aus der Maße befriediget werden wollen, anzunehmen; auch in gegenwärtiger Sache noch kein förmlicher Concurs, sondern ein bloßes Creditwesen vorhanden, also ein Endurtheil wohl gesprochen werden mögen, weil, wie gedacht, die Untersuchung ob und wie die Abtretung zu bewirken? annoch zu frühzeitig.

Et iterum alio tempore respondimus: Endlich das nebenbey geäuserte Vorgeben, daß, weil Beklagter sein sämtliches Vermögen denen Gläubigern abzutreten in Begriffe stehe, er diesen einzeln Proceß zu führen kein Geld habe, um deswillen, weil ihm, so bald jenes geschiehet, das Armen Recht ertheilet werden muß, unerheblich; So ist ꝛc. Vide plura in *Obs. DXXXIX.* vbi demonstrauimus alienationes post Cessionem bonorum nullas esse, etiamsi Edictales nondum exierint, et alia quaedam huic nostrae quaestioni coniuncta. Item in creditorum concursu si cambialis creditor non liquidauerit, agere aduersus eum cambialiter potest, non obstante concursu. *Decis. 26. d. a. 1746. Dissentit.* BÖHMER *Consult. T. 2. P. 2. Resp. 973. et 974.*

OBSERVATIO CCXCVI.

Qui ſcalam adſcendenti furi tenuit, Germaniae moribus non putatur eſſe furti ſocius.

Stans ante oſtium in via publica et deiectam feneſtra ſuppellectilem auferens non eſt furti ſocius, ſed merus auxiliator.

Qui amicitiae non lucri cauſa furem occultat, furti nec ſocius, nec auxiliator.

1 Qui tantum animo, non corpore, fures iuuerunt, neque tamen lucri ſummam quinque ſolidos excedentis participes facti ſunt, capitaliter puniri nequeunt, CARPZOV. *P. 4. Conſtit. 40. defin. 2.* ſi qualificatum furtum exceperis, in quo auxiliatores de reliquorum qua-
2 litate participant. *Vide ſupra Obſ. CI.* Quibus modis autem quis adiuuare furem poſſit, VLPIANVS in L. 50. de furt. et IVSTINIANVS indicat, in §. 11. Inſtitutionum de obligation. quae ex delict. naſc. *Interdum furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit, qualis eſt is, cuius ope et auxilio furtum factum eſt. In quo numero eſt, qui tibi nummos excuſſit, vt alius eos raperet: aut tibi abſtulerit, vt alius rem tuam exciperet: aut oues tuas vel boues fugauerit, vt alius eas acciperet. Ope et conſilio eius quoque furtum admitti videtur, qui ſcalas forte feneſtris ſupponit, aut ipſas feneſtras vel oſtium effringit, vt alius furtum faceret; quiue ferramenta ad effringendum aut ſcalas, vt feneſtris ſupponerentur, commodauerit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, ſed tantum conſilium dedit, atque hortatus eſt, ad furtum faciendum, non tenetur furti.* Hic locus cum de priuata furti actione agat, nobis hodie in delicto publico inutilis, cum duriſſima furti poena exigat, vt in auxiliatoribus quantitas non furti, ſed lucri, ſpectetur.

Difficillimum autem in hac tota quaeſtione eſt, ne furti verum ſocium pro auxiliatore, nec e contrario, quod multo periculoſius, auxiliatorem pro vero fure habeamus. Huic difficultati vt remedium

ferrem,

ferrem, primum in mentem veniebat distinctio inter opem ante furtum, 3
in ipso furto, et post furtum latam speciosa quidem primo obtuitu, reuera autem inanis, quoniam ex incertis nos incertiores facit, si quidem hoc ipsum obscurum est, quousque furti actus perduret, et quid sit auxilium in ipso furto commissum? Nam excubiatores in ipso furto opem ferunt, nec tamen aliter capite plecti possunt, quam si quinque solidos reuera perceperint. *Constit. El. 39. P. 4.* Nec in Saxonia ele- 4
ctorali hodie illa ex Institutionibus Iustiniani repetita distinctio: vtrum quis tantum ANIMO iuuerit v. c. homines diuites indicando, aut CORPORE v. c. scalas sustinendo, obseruatur, cum et is, qui animo iuuit, si ex praeda quinque solidos participauerit, laqueo dignus iudicetur. Ita reiectis distinctionibus caeteris, regulam stabiliemus, nempe: inter auxiliatorem et verum furem discrimen interesse hoc vnicum, vt auxiliatoribus et consiliaris furum, qualescunque demum fuerint, capitalis poena dictari non possit, nisi supra quinque solidos lucri reuera participauerint. Non ergo totius furti summa aequis partibus iis imputari potest, vt in veris furti sociis fieri videmus.

Dissentit BÖHMER in suis ad Carpzouium Additionibus, vbi eum, 5
qui in ipso actu furandi opem tulit, capitaliter puniri asserit, huiusque rei probandae causa ad Institutionum Iustiniani locum superius laudatum nos adducit, hodie, vt dixi, inutilem, adeoque manifesto hic laudatissimus auctor in aliud genus, nempe ex iure Germanico in Romanum, ex criminali in ciuile iudicium et actionem furti prolabitur, quod in causa sanguinis fieri non debet. Deinde non satis id ipsum attingit, quod in hac quaestione vnum difficile est. Nempe pariter et ego dico, auxiliatorem secundum illud: Der Heler ist so gut, als wie der Stehler, capitaliter puniri, sed tunc demum, quando supra quinque solidos reuera et actualiter lucratus est. Vide *Constit. Elect. 40. P. 4.* in qua constitutione non exceptio, sed regula, traditur et excubiator exemplicatiue ponitur. Sed de eo non agimus, cum id potius quaeratur: an tali auxiliatori totius furti an lucri quantitas imputanda sit? Prius nego. Verus enim fur vix alius videri potest, nisi qui ipse 6
ex alieno loco rem amouit, non ergo qui iam loco motas vlterius aufert. *(vide supra Obs. XXXII.)* Nec enim *Lex. 35. ff. de furt.* cum de actione ciuili agat, ad capitalem poenam applicanda. Rescriptum

regium ad dicasteria die 17. Febr. 1721. emissum ita habet: Wie wir nun die Meynung nicht gehabt, daß die Diebe und der Hehler pro sociis gehalten und dasjenige, was der leztere participiret, oder wenn er mit gerechnet worden, participiren können, denen Erstern zu statten kommen solle, also ist ꝛc.

7 Si ei, qui siue animo siue corpore iuuit, promissa fuerit praedae portio, neque eam acceperit, etiam furto magno a sociis perpetrato, tamen vltra virgarum coercitionem nihil sustinebit, *Constit. Elect. 39. et 40. P. 4. Mandat. d. d. 17. Sept. 1720. in Cod. August. T. X. p. 1930.* quod in veris furibus, qui simul quid abstulerint, aliter se habet. Nam si Caius et Fuscus 26. thaleros abstulerint, licet Fusco imbecilliori forsitan tantum tertia vel minor praedae pars a Caio fortiori socio promissa fuerit, ac ne hanc quidem acceperit, tamen etiam Fuscus pendebit. CARPZOV. *Pr. Crim. qu. 78. n. 43.* ibique BÖHMER, BEATVS PARENS *in Disp. de Furto magno §. 10. et disp. de mitig. furt. poen. §. 10. seq.* BERGER *Oecon. Iur.* nec quisquam ab hac sententia recedit, nisi vnus LVDOVICI *ad C. C. C. art. 157.*

8 Quaesitum est, an, qui stans ante ostium in via publica, deiectam ex fenestra suppellectilem excipit et aufert, ipsi furi aut tantum auxiliatori comparandus sit? Malim mitiorem sententiam sequi et, quoniam res non a loco, vbi iacebant, mouit nec aedes intrauit, tantum auxiliatorem putare. In his similibusque exemplis quantitas lucri, non quantitas furti, spectanda. Ei itaque, qui excubias egit aut scalam adscendenti tenuit, quia tantum opem tulit, non possumus, si alter solus aedes intrauerit, dimidiam totius praedae imputare, sed id tantum, quod verus fur ipsi de furto tribuit, quae distinctio in Receptatoribus quotidie obuenit. Si tamen de minuenda furti summa quaestio sit, in fauorem veri furti, eius nempe qui deiecit, etiam is qui scalas tenuit, pro socio habetur. Negare tamen non possum Collegii nostri opinionem non constantem, ea in re fuisse, vt stabilita a me regula non semper obseruetur, sed pro diuersitate causarum propemodum arbitrium solius iudicis definiat, an quis pro socio an ministro habendus sit. Inprimis qui scalam apportauit, eamque tenuit, multo magis qui in mediis scalae gradibus aut etiam inferioribus ante fenestras

ſtras ſtetit et deiectas res excepit, licet domum non intrauerit, tamen, quoniam ſcalam adſcendit, furti ſocium putauerim. Itaque multum intereſt, vtrum quis in via ante aedes, an in ſcala feneſtras prope ſteterit. Item ſi quis ante furtum, in ipſo furto et poſt furtum cooperatus ſit, licet ipſas aedes non intrauerit, a collegio verus furti ſocius exiſtimatur.

Sabina imperat Catharinae, vt vicini abſentis aedes intret, et res 9
inde ablatas ſibi afferat. Si Catharina id faciat, furti poenae non ſubiacet, quoniam absque animo lucrandi tantum amicitiae cauſa fecit aut imperio obſecundauit. *L. 39. pr. ff. de furt. L. 5. §. vlt.* ff. L. H. ff. ad *L. Aquil. L. 50. §. vlt. L. 53. pr. ff. de furt.* Si autem Catharina mercede conducta tale perpetrauerit, mercedis non furti quantitas ad poenam imputanda. Sed nec hortatrix Sabina furti tenebitur, niſi quantum facta eſt locupletior, quia opem in ipſo furto nullam adhibuit, ſed tantum conſilium dedit atque hortata eſt ad furtum faciendum. *L. 36. ff. de furt.* IVSTINIANVS *§. II. in fine Inſt. de oblig. quae ex delict.*

Item qui amicitiae non lucri cauſa furem occultat, nec furtum indicat, ne quidem furti auxiliatorem eſſe, ſed arbitrio iudicis extra ordinem leuiſſime puniri, tralatitium eſt et legibus conforme. *L. 48. §. I. ff. de furt. cap. 4. X. de furt.*

OBSERVATIO CCXCVII.

Filius furioſus poteſt exheres ſcribi ob verbera patri ante furorem illata.

Dementes ne quidem tempore dilucidi interualli tormentis ſubiiciuntur.

Tametſi Deus non dimittit poenam ob peccata ante furorem commiſſa, tamen magiſtratus ſe ludibrio vulgi et riſui expoſiturus foret, qui facinoroſos in furorem adactos, ob delicta in ſtatu ſano perpetrata, capite plecteret, cum ne quidem tempore dilucidi interualli tormen- 1

tormentis subiiciantur, WERNHER *P. 8. Obs. 458.* ob rationem inferius *Obs. CCCCLIX.* stabilitam. Quoniam enim dementem satis sua
2 fatuitate infelicem existimamus, non aliud experitur supplicium. Anne ergo eadem doctrina in exheredatione obtinebit? Certe omnis exheredatio, poena quippe, odiosa nec afflictio videtur addenda esse afflicto. Debet etiam sentire exheredatus poenam, cuius furiosus certam comprehensionem non habet. Adde in poenalibus neminem inauditum esse condemnandum nec susceptam a curatore, rerum antea gestarum non satis gnaro, depulsionem obiecti criminis sufficientem videri. Ne quid de reipublicae incommodo dicam, cuius interest, ne mentis inops sua portione legitima fraudatus ex publico alendus veniat. Haec argumenta facile quempiam eo rapere poterant, vt patri exheredationem deneget.

3 Attamen in contrarium ducor *arg. L. 7. §. 5. C. de curat. fur. et L. 27. C. de episcopal. audient.* Non quidem, fateor, verba hic dispositiua inueneris, attamen vbi in re dubia lex diserta deficit, verba etiam incidentia interdum pro lege habentur.

OBSERVATIO CCXCVIII.

Ob metum periurii probabilem iurisiurandi delatio acceptata reuocari nequit.

Auferri enim per acceptationem quaesitum ius nemini debet. *L. 2. ff. de iureiur.* Solent tamen dicasteria tunc, etiam in causa ciuili, admonitionem clerici de vitando periurio iungere.

OBSERVATIO CCXCIX.

Qui debitoris negotia in ſoluendis tributis geſſit, in priuilegium fiſci ſubintrat, quamuis iura a fiſco ceſſa non habeat.

L. 24. §. vlt. ff. de reb. auct. iud. poſſ. L. 1. C. de his qui in prior. credit. loc. Has leges ſequimur et contrariam *Legem 3. §. ult. C. de priuil. fiſc.* vilipendimus.

OBSERVATIO CCC.

De Pertinentiis feodalibus.

Multae de his lites, vt recte PLEISCHER *in Inſtitutionib. Iur. Feud. cap. 9. §. 28.* ſenſiſſe videatur, cum ſcripſerit: Optandum eſſet, vt pertinentiae feudales in legibus eſſent determinatae. Hac ratione enim non ſolum multis litibus obex poneretur, ſed conceſſio etiam principis non tam in diuerſos quandoque ſenſus detorqueretur. Nos huic pio deſiderio opem tulimus et ſingulari libello, qui Pertinenz Regiſter inſcribitur omnes non ſolum feudales ſed praeter has etiam alias pertinentias ordine alphabetico propoſuimus ad quem libellum, lectorem ne idem bis cogatur emere, ablegamus.

OBSERVATIO CCCI.

De ambitu praediorum ad viam proxime adiacente Vorhäuptern;
De Impluuio, dem Traufrechte;
De limitibus agrorum, Reinen,
De Compluuiis Schlippen,
Cui solarium debeatur ex taberna aedibus iuncta, von Buden Zinse, Standgelde.
De Sepimentis in confinio positis Planken und Zäunen.

1 Natos ex arboribus fructus in ora praediorum rusticorum, denen Vorhäuptern, positis, more Germanico non ad vniuersitatem sed dominum fundi pertinere exemplis et inductione propemodum vniuersali facile probatur.

2 Quod autem in praediis rusticis adiacens haec particula viae, vbi aratra, occam, interdum et currum rustici reponere et quam Vorhäupter appellare solent, id in praediis vrbanis dicitur das Traufrecht, siue IMPLVVIVM EXTERNVM, sub dio ad vsum aedificii relictum, ideoque aedium pertinentiis annumerandum. Si hoc displiceat, dic quaeso
3 eam seruitutem necessariam, vbi publicum seruit priuato. Tenet autem contra magistratum aut conuicanos actio, si intra stillicidium aliquid moliantur, cum potius, si quis in aedium mearum ambitu olitor vel opifex tabernam collocet, solarium inde mihi debeatur, nec huius impluuii aditus intercludi aut vllo modo intercipi possit. *L. 21. ff. de seruit. praed. vrb. L. 9. ff. si seruitus vindic. L. 6. §. vlt. eod. Constit. El. Sax. 41. Part. 2.* Vnde hi aedium proximi viae limites transennis a domino circumdari aut etiam catenis muniri solent, vt populus arceatur. Pertinet hoc quodammodo, quod MEVIVS P. 7. Decis. 373., et HERTIVS lib. 1. Paroem. 23. protulit, quae inscribitur: Wem der Hagen, dem

dem ist auch der Graben, hoc est: Cui sepimentum, illius etiam est fossa proxime adiacens. Caeterum indicium domini fossae etiam agger, 4
vt in cuius fundum effossa terra iacta sit, ad eum pertinere iudicetur. Der Graben gehört demjenigen auf dessen Seite der Auswurf gemachet. Nec vero stillicidium putandum, quod per cupreos canales tectum latissime excurrentes aquam pluuiam instar fluminis superni ad mediam vsque plateam propellit, sed potius quousque guttatim pluuia e tegulis cadit, aut, si cuprei canales non auerterent, naturali ex tegulis decursu casurum sit. Spatium enim hoc semper relinquendum, etiamsi in eo loco nullae ex tecto tegulae excurrunt. Latitudo externi huius aedium impluuii si architectos consulas, est vna vlna cum dimidia, siue sechs viertel Leipziger Elle. Hoc, quoniam artis peritis de sua arte profitentibus credendum est, recipio, vt euitetur arbitrium iudicis, nec opus sit, vt is in singulis causis inspectione oculari eruat, quousque pluuia e tegulis ceciderit, aut si aedificium illic cum tecto collocetur, cadere possit. Nec vicino licet intra spatium, quo meum stillicidium
se porrigit, aedificare *L. 20. §. 3 ff de seruit. praed. vrb.* ZINKIUS in 5
Lexico Oeconomico sub verbo Traufe ita definit: Traufe nennet man den Abfall des Wassers, wenn es bey dem Regen über das Dach auf den Erdboden rinnet. Und weil denn das Dach jedesmal etwas weiter über die vordere Wand hervorragen muß, damit selbige um so vielmehr für den Regen verwahret sey, folglich auch die Traufe weiter herabfället, so heiset man ebenfals auf dem Erdboden den Raum, von der Grundmauer des Hauses angerechnet, bis an den Ort, wo das Wasser vom Dache auffält, die Traufe. Solche ist mit einem besondern Rechte beleget, so daß kein Nachbar an des andern Traufe so nahe bauen darf, daß dadurch der Abfluß des Wassers verhindert werde, oder ein anderer Nachtheil dem Besitzer des Traufrechtes daraus erwachsen könne, und eben dieses heiset das Traufrecht. Quid si prope 6
viam non aedificium cum excurrentibus tegulis, sed merum parietem sine tegulis, aut iis introrsum versis possideam, nonne similiter vtar illo spatio, quod externum impluuium dicitur? Immo nihilominus vsus eius et fructus meus est, sufficit enim me quandocunque lubet, domum aedificare posse in eo loco, vbi nunc merus paries. Nec huius 7
modi res merae facultatis vlli praescriptioni subiecta, nec aditus ad externum hoc impluuium, si ibi velim tabernas aut arbores collocare,

 mihi

mihi vllo modo intercipiendus, nisi aut pactum, aut ius municipale aut prohibitio et secuta inde diuturna acquiescentia obstet.

8 Contra vero magistratus iure prohibet, ne quis protecta sua seu Moeniana et suggrundia supra impluuii spatium porrigat, ne liberior aer vrbi intercipiatur. *L. 11. C. de aedific. priuat. L. 12. §. 5. eod.*

9 Impluuio simile COMPLVVIVM die Schlippe, quod duarum aedium interstitium commune putatur. Non ergo vnum latus vsque ad flumen pluuiale in medio transcurrens vni, alterum vero alteri vicino proprium, sed totum spatium commune est, nec inuito altero quicquam ibi aedificatur *L. 14. ff. de seruit. praed. vrb. L. 83. ff. pro soc.* FESTVS compluuium ita describit: *Est*, inquit, *quo de diuersis tectis aqua pluuialis confluit in eundem locum.* Adde VITRVVIVM *lib. 6. cap. 3.* Agit de his interuallis GRYPHIANDER *de Insulis cap. 1. num. 42.* Si-
10 mile in limitibus agrorum, denen Reinen, obuenit, quae spatia Confinii nomine apud Romanos obueniunt. *L. 7. §. fin. ff. de adquir. dom.* de quibus ALCIATVS librum singularem *de quinque pedum praescriptione* edidit, si quidem spatium quinque pedum relinquendum erat, vt aratrum verti posset, nec eius vlla vsucapio. *L. fin. ff. regund. L. 5. 6. eod.* Haec confinia Grenzreine et ambitus aedium, Schlippen, communia esse docet Obseruatio inferior. Sed ad impluuia siue insulae ambitum et extremos aedium limites reuertor, de quibus mense Septembri 1767. ad interrogationem illustris Curiae Cellensis in causa domini de Bilderbeccio contra Senatum Cellensem Facultas Iuridica Lipsiensis sequentem cum rationibus sententiam tulit:

11 Daraus so viel zu befinden, daß Beklagter Rath denen Töpfern das Feilhaben vor Klägers Hause andererhgestalt nicht, als daß sie ihre Waaren, so weit als die Traufe von diesem gehet, davon abgerükt und entfernet ausstellen mögen, auch ihm der Eingang und die Einfahrt in dasselbe frey verbleibe, zu erlauben und die Töpfer nur dergestalt anweisen zu lassen, befugt; Klägers übriges Suchen hat nicht stat: Es könte und wolte denn derselbe ein gänzliches Verbiethungs oder aber Beklagter ein unumschränktes Gestattungs-Recht, in Ordnungsfrist, beyden Theilen den Gegenbeweis, Eydesdelation und andere rechtliche Nothdurft vorbehältlich, wie Recht, erweisen, dessen genössen sie billig, und ergehet sodann ferner was Recht ist.

RATIO-

RATIONES: Obwohl gegenwärtige Sache noch gar nicht zu einem 12
Haupterkentnisse eingeleitet zu seyn scheinet, vielmehr beyde Theile darüber streitig sind, ob nach Art des possessorii summariissimi, oder des petitorii und in leztern, der actionis negatoriae oder confessoriae zu erkennen sey; Hiernächst Kläger besonders vor sich anzuführen weis, daß einem jeden Hausbesizer in denen Städten der freye und ungehinderte Gebrauch des Steinpflasters und Vorraums vor dem Seinigen zustehe, also bey ihm beruhe, einen andern davor zu dulden, oder dessen Mitgebrauch ohnentgeltlich oder gegen gewisse Abentrichtung zu verstatten; hierunter auch als bey einer re merae facultatis keine als in contradictorio verfochtene Verjährung demselben entgegen gestellet werden kan, allenfals Beklagter Rath sich eines iuris singularis bemächtigen wolle, so der natürlichen Freyheit zuwider laufe, dessen Beweis ihm wenigstens obliege, Kläger auch gegenwärtig nicht mit denen Töpfern, sondern mit Beklagtem Rathe, der solche dahin anweisen wolle, im Streite und Widerspruche befangen, also derselbe, daß die Töpfer einige Zeitlang den Stand vor Klägers Hause gehabt haben sollten, vor sich als actus possessorios anzuziehen nicht vermöge; nicht weniger Beklagtem die von ihm angeführte Markt-Ordnung gewissermaasen selbst zuwider, wenn nach solcher die Krähmer und Kaufleute ihre Buden auf dem Stadtmarkte haben sollen, die Worte aber, wenn es heißt: Auf Erlaubniß des Bürgermeisters; mehr von der bey selbigen zu suchenden Verstattung des Feilhabens, als einer von dessen Wilkühr abhangenden Anweisung des Plazes zum Feilhaben ausgelegt werden könten. Uebrigens eine ausdrückliche Disposition, daß die Eigenthümer derer Häuser in einer Distanz von selbigen, so weit als deren Traufe geht, niemanden den Mitgebrauch, also auch das Feilhaben davor zu gestatten nicht pflichtig seyn solten, keinesweges vorhanden, noch von Klägern selbst darauf sich in der Klage oder sonst bezogen worden.

Dennoch aber und dieweil dieses eine in die Policey einschlagende 13
Sache, welche, so viel möglich, in der Kürze zu entscheiden, und dann die Bestimmung derer Pläze, auf welchen sonderlich zu Jahrmarktszeit die Waaren zum feilen Kaufe ausgestellet werden sollen, meist vor die Obrigkeit jedes Orts gehörig, welche sogar Kläger selbst, wenn er sagt, daß derselbe die Mitaufsicht über die Policey habe, und die Stelle derer alten aedilium vertrete, dem Blagten einräumet. Ueberhaupt die Gassen und der Markt, also auch die Einkünfte davon, zu denen rebus vniuersitatis gehörig, dannenhero auch

auch das Markt- und Standgeld bey denen Jahrmärkten ordentlicher weise denen Räthen zu Bestreitung derer Kosten zukommt.

§. f. I. de contrah. emt. §. 6. I. de R. D.

WEHNER obs. pr. s. v. Budenzinß.

WESEMB. Cons. XII. n. 67.

AHASV. FRITSCH. de Regali Nundin. Iure Cap. IX. §. II. n. 32.

Jedoch hierbey jedesmal eine gewisse Mäßigung zu gebrauchen, damit die Hausbesizer und niemand an dem Gebrauche seines Eigenthums behindert werde, da denn nach deutschen Rechten der Vorraum vor denen Häuseln zum vorzüglichen Gebrauch vorbehalten zu werden pflegt, dieses auch und daß er den freyen Zugang hierzu ohngehindert behalte, der Sache Beschaffenheit gemäß, dannenhero insgemein hierunter nach dem, wie weit die Trause gehe, oder zu gehen pflegt, und allenfals, wenn darüber Zweifel, officio iudicis solches zu beschränken, sich gerichtet wird, rc.

14 Via in vrbibus publica cum inter res vniuersitatis referenda videatur, quarum haec natura et indoles, vt proprietas quidem ad vniuersitatem, vsus autem ad singulos qui sunt in vniuersitate, potissimum autem ad eos, qui vtrinque domus possident, pro latitudine domuum, pertineat atque in huiusmodi caussis semper melior sit conditio prohibentis, non obscurandae per positas nimis prope publicas tabernas, fenestrae ianuae aut camerae quas possessor forte in infima aedium parte aperire velit, sed aditus ad omnes parietis partes eo vsque patere debet, ne quis in libero eius vsu impediatur.

15 Paries in confinio positus communis putatur, *arg. L. 83. ff. pro soc.* nisi aliud ex signis argui possit. Architecti hanc regulam seruant: Daß der die Planke halten müsse, auf dessen Seite die Pfäle zu sehen, dem aber die glatte Seite zugekehret, darf sie nicht halten, sondern vielmehr gehöret sie demjenigen, dem die Spizen der Nägel zugeschlagen werden. Hoc didici ex variis iudicialibus actis et opificum arbitriis. Item sepimentum eius est, dem die rauhe Seite zugekehret. I. P. S. lib. 2. art. 50. Wer zäunet, sol die Aeste von den Zaunruthen in seinen Hof kehren: Glossa autem

tem latina dissentit, in ligneo pariete ita perhibens: *Quando dignoscere volumus, cuius sit paries aliquis et ad quem pertineat, tunc perscrutamur vnde et ex qua parte infixi sint claui, et in qua parte capita clauorum repe- riuntur, illius paries esse censetur.* Consentit POLACCIVS in *Mathesi Forensi Sect. 2. Cap. 2. §. 53.* Man muß allemal darauf sehen, von wel- cher Seite die Nägel eingeschlagen sind, immaßen sie alsdenn auch von dem Besizer des Grundstükes auf derselben Seite gehalten werden muß. Es ist daher ganz irrig, wenn einige vorgeben, man müsse in dem lezten Falle, um den Eigenthümer zu erfahren, bloß darauf sehen, wo die Stiehle stünden, wenn auch die Nägel von der andern Seite angeschlagen worden wären. Denn der Nachbar ist ja niemals schuldig zu erlauben, daß der andere in seinen Garten komme, und daselbst seinen Zaun annagele und befestige. Also ist demjenigen die Planke zuständig, auf dessen Seite die Breter angeschlagen sind. Nuper vero maximopere miratus sum, in quibusdam locis opi- fices contrariam consuetudinem obseruare. Adscribam ex actis iudicia- libus horum iudicium: Bitterfeld den 27. August 1765. erscheinen auf Erfordern zu Rathhause Meister Johan Gotfried Zöger, der Mäurer, und Johan Christoph Zöger, der Zimmerman, welche da sie, was es mit denen bey Planken zugeschlagenen Spizen von denen Nägeln für eine Beschaffenheit habe, befragt worden, zur Antwort ertheilen: Sie könten nicht anders sagen, als daß nach den alten Bauregeln und wie sie von ihren Vorfahren gehöret und gelernet hätten, demjenigen so eine Wand oder Planke machen ließe, von denen Nägeln die Spizen zugeschlagen würden, welches sie bey denen Ge- bäuden, so sie machten, allemal thäten. Eadem irregularitas etiam Lipsiae obseruatur, vt dominus is putetur, ad quem non capita sed cuspides clauorum directae; Aliud et certius indicium habes in libello meo qui Pertinenz Register inscribitur s. v. Planken. Cum itaque eandem con- suetudinem non omnes opifices vbique seruent, nec quae contra ratio- nem introducta sunt, ius facere possint, auctoritatem Glossae in spe- culo nostro plus tribuo, vnde etiam magistratui Bitterfeldensi non se- cundum fabrorum Bitterfeldensium sed glossae opinionem respondimus addita ratione: Dieweil das fol. 3. befindliche Gutachten der Gewerken, denen Rechten nicht gemäß, und beyde Partheyen darinnen, daß wem die Planke zuständig, dieser auch solche halten müsse, unter sich einig sind, so ist Beklagter die streitige Planke bey 5 Thaler Strafe in tüchtigen Stand zu se- zen schuldig. In muro proprietatis hoc indicium: si superne reperiun- 16

tur

tur tegulae hamatae ad auertendam pluuiam. Nam versus quam partem se inclinant et pluuias deducunt, ad eum murus pertinere praesumitur. Item ex cuius parte arcus conspiciuntur muri dominus putatur. Daher, quae POLACCII in Mathesi forensi verba sunt, ist gleich anfänglich zu untersuchen, ob eingemaurete Bogen auf beyden Seiten, oder nur auf einer Seite befindlich. In jenem Falle ist sie gemein, im andern aber dessen, der die Bogen hat. Meistens werden bey einer gemeinen Mauer die Bogen wechselsweise, nehmlich zur Helfte auf der einen und zur
17 Helfte auf der andern Seite angeleget. Quid autem si probatum sit parietem siue ligneum siue lapideum vicini esse, atque ille ruinosus sit, anne cogam vicinum, vt reficiat? Immo non cogam quoniam non aliud, nisi cautio de damno infecto, mihi superest, cum ne seruiens quidem paries ab eius domino reficiendus sit. *(supra Obs. CLXXXIX.)* Nec obstat Speculi Saxonici libr. 2. articulus 49, si quidem is fere cum iure Romano conuenit, vt verba ipsa satis indicant: Ein jeglich Man sol auch bewirken seinen Theil des Hofes. Thut er das nicht, und geschiehet da Schaden, er sol ihn gelten. Geschehe ihm aber selber Schaden davon, den bedarf man ihm nicht wandeln. Si tamen non soli vicino sed reipublicae ex tali apertura ruinaue damnum metuatur, magistratus iure politiae refectionem imperat.

OBSERVATIO CCCII.

Tutor facto proprio contrauenire nunquam potest. Cessionarius non semper vtitur persona cedentis, sed interdum sua.

1 Pupillo ex hereditate paterna centum thaleri in optimo purissimoque auro obuenerant, quos tutor, cui nomen *Primus*, acceperat. Hic primus tutor deposita tutela nouo tutori, quem *Secundum* nominabo, hanc summam centum thalerorum tradit, sed in nummis vilissimis, pessimis, atque hic nouus tutor tam stolidus, vt non solum accipiat, verum etiam Primum per apocham plenissime liberet. Adolescens maioren-

iorennitate consecuta, aurum optimum, vti pater reliquerat a Secundo exigit, atque is vt tale restituat aut damnum resarciat, condemnatus, iam regressum sumit contra Primum. Omnes consentiunt, eum nihil agere, cum facto proprio contrauenire nequeat, sed pronunciatur: Daß Secundi Suchen nicht stat hat.

Quid autem si Secundus sibi iura cessa dari curauerit a pupillo iam maiore facto et ex iure cesso agat? Ne sic quidem quicquam efficiet, vt ex hisce nostris decidendi rationibus apparebit: Obwohl wenn jemand eine doppelte Person vorstellet, zuweilen der Saz: daß niemand seine eigene Handlungen zu hinterziehen vermöge, seinen Abfal leidet, immasen ein Vormund, welcher das ihme selbst von des Pflegbefohlnen Vater zugedachte Vermächtniß sich auszahlen lässet, nichts destoweniger im Namen des Unmündigen Querelam inofficiosi anstellen kan, §. 4. *Instit. de inoffic.* besonders aber bey abgetretenen Rechten die Regel: Cessionarium cedentis persona fungi, sowohl in der Natur als auch in denen beschriebenen Rechten gegründet, *L. 5. C. de hered. vel act. vend.* auch noch hierüber Primus sich auf *L. vlt. C. de euict.* beziehet, und zu Erleuterung seines Vorgebens das bekante Beyspiel anführet, wo eine Tochter, welche auf die väterliche Erbschaft eydliche Verzicht geleistet, nichts destoweniger, wenn sie hernach der Vater im Testamente zum Erben einsezet, diesen testamentarischen Nachlaß erhält. STRVVIVS *Exerc. 38. th. 50.* Also da Secundus nicht für seine Person klaget, sondern Kraft abgetretenen Rechts die Wiedereinsezung in vorigen Stand, bey noch nicht abgelaufener vierjährigen Frist, im Nahmen des Pflegbefohlnen verlanget, dessen Suchen allerdings gegründet. 2

Dennoch aber und dieweil das angeführte Exempel eines Vormundes der ob er schon das ihm zugedachte Vermächtniß sich auszahlen lassen, nichts destoweniger im Nahmen des Pflegbefohlnen Querelam inofficiosi anstellen kan, eine aus besondern Ursachen verstattete Ausnahme ist, die man durchaus zu keiner Regel machen darf, immasen aus dem Titel de exceptione rei venditae et traditae satsam erhellet, daß niemand seine eigene Handlungen, es geschehe unter was für einem Vorwande es nur immer wolle, hinterziehen dürfe, auch hierüber annoch andere Geseze *L. 25. ff. de adopt. L. 4. C. de reuoc. donat.* die streitige Frage völlig entscheiden, immasen derjenige, so eine doppelte Person vorstellet, nichts unternehmen darf, 3

welches einer von beyden schlechterdings entgegen ist, *(vide supra Obs. CCLXXXV.)* also zwar der Pflegbefohlne nicht aber Secundus wider Primum hätte klagen können, So ist rc.

OBSERVATIO CCCIII.

Litterae inuestiturarum ius faciunt inter vasallum et dominum, sed contra tertium nihil probant. Simile dicendum de scripturis emtionis et venditionis, et ecclesiarum matriculis.

Interdum tamen purgatorio immo et suppletorio locum faciunt.

1 Res inter alios acta aliis nec proficit, nec obest. *L. 27. §. 4. ff. de pact.* WERNHER *P. 1. Obs. 84.* Interea tamen, cum falsum non praesumatur, crediderim litteras inuestiturarum etiam contra tertium, si aliae, quod bene notes, coniecturae concurrant, locum iuriiurando siue purgatorio siue suppletorio facere. Plane vt testes plane inhabiles, quemadmodum *Obseru. CCX. Regula 10.* demonstrauimus, ita et documenta inhabilia interdum opitulantur. Adscribam rationes decidendi mense Martio 1767. ad Iustitiarium Purschensteinianum datas: Obwohl der Regel nach Lehnbriefe, so wenig als Kaufbriefe, wider einen dritten etwas erweisen, da erstere blos zwischen den Vasallen und Lehnherren, leztere aber einzig und allein unter Käufern und Verkäufern ein Recht ausmachen, gegen fremde Personen aber beyde nicht angezogen werden mögen, immasen sonst einem jeden Ritterguths Besizer etwas leichtes seyn würde, einen oder den andern Unterthanen, zum Nachtheile der übrigen, von Vorspan und Lieferungen zu befreyen, wenn er ihn mit dem Bauer Guthe, als einem Afterlehne, beliehe; LEYSER Spec. 683. BÖHMER tom. 2. P. 1. Resp. 481. et P. 2. Resp. 917. auch Klägern allerdings obgelegen hätte, den Umstand, daß die von Schönberg mit dem Dorfe Kämerswalde, wirklich als mit einem Ritterguthe beliehen sey, beyzubringen, wovon aber die Beweis Artikel gänzlich schweigen, und wenn schon in der mit A. bemerkten

merkten Urkunde Beklagte eingestanden, daß Klägers Guth nicht behufet sey, gleichwohl bey diesem Bekentnisse die ganze Gemeinde nicht zugegen gewesen, ein solches auch nicht durch Syndicen, sondern nur von einigen Hüfnern und Vorstehern im Nahmen der Gemeinde bejahet worden, wannenhero, daß dergleichen Eingeständnis beklagter Gemeinde nichts schaden könne, dafür gehalten werden möchte.

Dennoch aber und dieweil adeliche Lehngüther samt denen davon getrenneten Afterlehnen ordentlicher Weise für frey zu achten, sodann Lieferungen und Spannungen bekanter maasen, und wie solches noch zum Ueberflusse durch die mit D. bemerkte Urkunde, davon in dem Zwischenurthel fol. 130. Klägern der Gebrauch bey dem Hauptverfahren vorbehalten worden, von denen Hufen oder nach deren Größe und Verhältniß geliefert werden, daß aber Klägers Richter Lehnguth nicht behufet, ein verneinender Saz, mithin, da Beklagte nicht das Gegentheil dargethan, selbiger, auch ohne auf obiges Zugeständnis zurük zu gehen, für wahr anzunehmen; und nichts zur Sache thut, daß Kläger gleichwohl selbst, welchergestalt Quatember auf seinem Guthe hafteten, eingeräumet, sintemalen es so gar adeliche Lehngüther giebt, die unbeschadet ihrer übrigen Freyheit dennoch beschoket sind, und da Kläger denen von Schönberg als seinen Lehnherren besondere Lehndienste entrichten muß, wenn er auch zugleich nebst den übrigen Unterthanen liefern und vorspannen solte, doppelte Lasten auf sich haben würde, übrigens da Kläger fol. 137. daß er kein Gemeinde Recht genieße, geschworen, dieses einiger maasen der übrigen Vermuthung, daß sein Guth ein wirkliches Afterlehn sey, einen nicht ganz außer Augen zu sezenden Anstrich giebet, solchemnach er allerdings, und in besonderer Erwegung, daß kein Falsches oder ein zwischen ihm und dem Lehnherren verabredetes heimliches Einverständnis zu vermuthen, in seinem Beweise etwas ausgeführet, und weil aus ähnlichen Gründen der mit C. bezeichnete Kaufbrief, welcher von dergleichen Beschwerden keine Meldung thut, ebenermasen für betrüglich nicht zu achten ist, Kläger so viel vor sich hat, daß er zum Erfüllungseyde, welchen gleichwohl besonders, auf den Umstand: daß sein Guth ein Afterlehn sey, zu richten, dienlich geschienen, gestalten Sachen nach gelassen werden können. So ist rc.

In primis rurales sacerdotes proni propria manu saepe matriculis suis inserere iura, quae nunquam extiterunt, quasi gloriae dei consulentes, quae amplificetur, si seruorum eius patrimonium crescat. Itaque

que res iniustissimas quas nunc palam sustinere non audent, clanculum matriculae inscribunt, quae si post triginta aut quinquaginta annos successor rixosus forte inuenit, hoc pulchro documento parochianos vexat propter gloriam Dei atque superiorum fauorem facile impetrat. Vnde in Comitiis Saxonicis conquesti status prouinciales his verbis: Die rechtliche Weiterung, welche nicht selten die Pfarrer wegen verlangter Gebührnisse wider die Eingepfarrten zu erregen pflegen, haben ihren Ursprung oft daher, weil die Pfarrer selbst in die Kirchen Matricul unrichtige Abgaben einseitig eintrugen, und sodann aus selbiger vermeintliche Befugnisse herleiten wollen, auch hierbey von manchen Superintendenten unterstüzet werden, welcher Beschwerde, nach dem fol. 56. sub No. X. Vol. I. befindlichen unmaßgeblichen Vorschlage, dadurch abzuhelfen wäre, wenn Ew. Churfürstl. Durchl. zu verordnen gnädigst geruhen wollten, daß hinführo in die Matricul etwas anderergestalt nicht als von dem Superintendenten, nach vorher untersuchter Sache, auch in Gegenwart und mit Beystimmung des Patrons und der Eingepfarrten, eingetragen, wiedrigenfals aber dem Pfarrer, sich darauf wider die Eingepfarrten zu beziehen nicht nachgelassen, danächst bey jedesmaliger Kirch-Rechnung in Anwesenheit des Kirchen Patrons und der Eingepfarrten die Matricul abgelesen, auch an Orten wo dergleichen nicht vorhanden, zu deren Verfertigung in Beyseyn und unter Einwilligung des Kirchen Patrons, der Kirchen Vorsteher und der Eingepfarrten so fort verschritten werden soll rc. Serenissimus Elector ad hoc grauamen. in comitiis 1776. habitis haec respondit: Die wegen des Einkommens derer Pfarrer und Schuldiener zur Richtschnur dienenden Matriculn schreiben sich entweder noch von denen Anno 1671. gehaltenen Visitationen her, oder es ist nach der Zeit zu Verbesserung alter oder Einrichtung neuer Matriculn den Superintendenten, in dessen Inspection die Pfarre oder Schule gehörig, nicht minder bey Churfürstl. Lehnen einem Beamten, auser diesem aber dem Collatori Auftrag gethan worden, mit Vorladung der Eingepfarrten auch Zuziehung des Pfarrers oder Schulmeisters alles genau zu untersuchen, und ein Matricul zu fertigen, die bey dem Consistorio ersehen, bestätiget, und dann sowohl bey solchem, als bey der Kirche verwahrlich aufbehalten, auf die privat Anzeige der Kirchen und Schuldiener hingegen bey Entscheidung über ihr Einkommen, entstehenden Streitigkeiten einige Rüksicht nicht genommen wird.

An

An inuestiturarum litterae, quae contra tertium inualidae contra ipsum vasallum plene probent inquiremus in Obs. CCCXLI.

Iunge huic Obseruationem CCX. ibique Regulam 10 Obs. CCXCI. DXXX.

OBSERVATIO CCCIV.

Etiam tutor, qui pupilli futurus heres est, rationes reddere debet.

Inmunem quondam pronunciabamus proximum pupilli heredem, ob legem Speculi Saxonici *lib. 1. art. 23.* MENKE *Pandect lib. 27. tit. 3.* Sed cum hoc ius Saxonicum commune de tutela agnatorum fructuaria hodie per Recessum Imperii d. a 1577. tit. 32. §. 2. et 3. vbi omnibus tutoribus rationum redditio iniungitur, immo iam antea abrogata, atque insuper per Constitutionem Electoralem vndecimam Partis secundae, mutatum videatur, hodie quoque proximi pupilli heredes rationes quotannis reddere coguntur. Id multo magis in Curatore absentis obtinet, cum de eo, an futurus sit curandi heres ab incerto pendeat. *Obs. CVII.*

OBSERVATIO CCCV.

Milites actione reali in loco rei sitae recte conueniuntur.

Id non solum regulis iuris ciuilis sed et Saxoniae electoralibus conueniens. *Codex August. Tom. 1. pag. 1198. et p. 2071.*

OBSERVATIO CCCVI.

Interusurii computandi ratio Carpzouiana euiluit.

Interusurii computandi rationem Leibnitianam nunc omnia dicasteria adoptarunt, vt summa debita non per 20. vt CARPZOVIVS quondam suadebat, sed per numerum 21. diuidatur. Itaque si mille thaleri post annum debiti statim soluantur interusurium non est 50 sed detrahit debitor tantum $47\frac{13}{21}$ vt sic creditor accipiat $952\frac{13}{21}$ thaleros. Hos $952\frac{13}{21}$ thaleros si creditor illico in vsuras elocet, post annum praecise mille habebit, cum e contrario, si Carpzouiano calculo prouenientes 950. illico elocaret creditor, post annum non mille habiturus fuisset, sed $2\frac{13}{21}$ minus, quam mille. Adeoque creditor aliquid amplius quam quinque pro centum accipere debet.

OBSERVATIO CCCVII.

Si quis in variis monetae generibus mutuum acceperit, non expressa cuiusque quantitate.

Saepius accidit, vt in chirographis profiteantur debitores: se pecuniam in diuersis monetae generibus accepisse, nec tamen annotent vniuscuiusque quantitatem v. c. Profiteor me accepisse, centum thaleros partim in Ludouicis aureis partim argenteis. Videri poterat, executiue agi non posse, quod satis liquide non constat, quantum in quolibet genere debeatur? sed vsu fori, dimidium in auro, alterum dimidium in argento adiudicatur. Nam partis appellatione venit dimidia *L. 3. ff. si pars hered. petat. L. 7. de reb. dub. L. nomen filiarum §. portionis ff. de verb. signif.* Qui damnum inde sentit, succenseat ipse sibi, quod clarius rem in chirographo exprimi non curauerit. Si ita scriptum sit: accepi 300. in grossis, in aureis Belgicis et in Ludouicis aureis, tunc summam in tres aequas partes scindimus et centum in grossis, centum in aureis Belgicis, centum denique in Ludouicis aureis adiudicamus. Si scriptum: Accepi 300, maximam partem in aureis

größtentheils in vollwichtigen Ducaten, tunc $\frac{2}{3}$ in aureis, reliquam tertiam in currenti moneta creditori decernimus.

OBSERVATIO CCCVIII.

Onanitica impuritas 14. dierum aut quod summum, quatuor septimanarum carcere coercenda.

Si quis alteri semen elicuerit, et ab hoc idem passus sit, quoniam impuritas haec maior, ad sex aut octo septimanarum carceres adscendatur.

Qui in medio aeuo ab Onane nefandae cuidam impuritati nomen 1
fecerunt, pro illorum temporum sapientia vbi, quod sensus propius et fortius feriret, semidocti monachi pro re primaria accipiebant, quid Deo potissimum in Onane displicuerit, non videntur satis intellexisse. Verba *Genes. c. 38.* ita se habent: *Iudas autem filium sustulit, quem Erem appellauit, deinde alterum, quem Onanem nuncupauit. Eri autem, qui erat natu maximus, Thamaram quandam in matrimonium tradidit. Post mortem huius Iudas Onani imperauit, vt cum fratris vxore congrederetur et fratris iure suam faceret fratrisque prolem suscitaret. Sed Onan, qui sciret, non suam futuram esse prolem, cum fratris vxore rem habiturus semen in terram effundebat, ne fratrem progenie donaret.* Nempe Onan legem *Deuter. cap. 25. v. 5.* repetitam, (iam enim antea latam fuisse nouimus) violauerat, quae seuerissime iubet, vt frater fratri sine prole mortuo, ducta eius vidua, liberos suscitaret. Hoc in Onane ma- 2
ximum, profusio seminis minus delictum. Hoc posterius dedecus esse non nego moraliter turpe atque satyricorum flagellis quam maxime castigandum, in quibus tamen MARTIALIS magis poëtice, quam vere rem exaggerauit:

Hoc nihil esse putas: scelus est, mihi crede, sed ingens,
Quantum vix animo concipis ipse tuo.
Ipsam crede tibi naturam dicere rerum:
Istud, quod digitis PONTICE perdis, homo est.

Hunc

Hunc satyricum lusum credo nonnullos arripuisse, vt grauiorem poenam dictare liceret.
3 At vero iamdudum a physicis ridetur inconsulta patrum scholasticorum opinio, in semine animam habitare eamque sic a patre in vterum, quasi per traducem, fundi. Certe quemadmodum sol, si suis radiis tellurem tangit, inclusa in hac semina emollit et suscitat, vt planta generetur; ipsa autem nec tellus nec solis radii plantae dici possunt, ita semen maris nisi ouulis foemineis misceatur, non est homo, vt hodierni recte medici sentiunt, inter quos NICOLAVS VENETTE in libro *de Generatione Hominis*, germanice verso: Der Same ist in Wahrheit nichts, als ein bloßer Auswurf vor der Empfängnis, und man darf ihn nicht anders ansehen, als wie das Geblüte, welches man von uns in die kleinen Schüsseln lässet. Ex quo sequitur, non interficere, qui nasci prohibet.

4 Neque animalcula spermatica hoc seculo primum visa se diu sustinuerunt. Licet enim viua animalcula semini vere, vt aceto anguillae, insint, tamen in his futuri hominis nulla vitalitas. Facile nempe apparuit mysterium generationis horum vermiculorum interuentu recludi non posse, quoniam altera quaestio: vnde hi vermiculi? anne illi iterum ex minoribus animalculis spermaticis et haec iterum ex suis progressu in infinitum orta sint? aeque impedita. Quamobrem cum in semine anima non habitet, qui hanc excretionem sani corporis profundit, turpis quidem homo, sed homicida non magis videtur, quam qui concumbit cum grauida. Quo et PALINGENII in Zodiaco Vitae versus collineant:

Omne superuacuum natura e corpore pellit.
Hinc est quod Venerem nocturna insomnia soluunt.
Gaudiaque informant veros imitantia lusus.

5 In adulterio vsitata est, quoniam mitigationem operatur, excusatio: *Semen in vterum non manasse.* Ipse Anglus, qui in libro peculiari eoque, propter medicamenta praescripta, forsitan vtili, caeterum autem quod stilum et reliquum apparatum attinet ieiuno, et miserrimo, quem contra *Onaniam* ex instituto scripsit eoque arreptis ex morum disciplina et theologia triuialibus quidem, innumeris tamen, se sceleri argumentis

mentis opposuit, immo ipsas infernales cum facibus omnibus contra
illud furias exarmauit, tamen *P. 1. cap. 6. pag. 160. 161.* Onaniam non
grauius stupro delictum esse, fateri cogitur.

Nos dicasteriastae in honorem pristini erroris, licet et aeui illius 6
medii, quo crassi vt supra dicebamus monachi regnabant, talem lasci-
uiam, licet secundum dictamen rectae rationis stupro non durius pu-
nienda erat, quatuor septimanarum carcere cohibemus, quam poe-
nam Helmstadienses Iure consulti etiam in viro, qui non sibi ipsi, sed,
quod multo grauius, alteri manu semen elicuerat, irrogarunt apud
KRESSIVM *Comment. ad Constit. Crim.* in der zweyten Beylage *pag.
836.* cuius responsi epitomen facere et sequentia transscribere placet:

Dieweil dieses Verbrechen in denen Gesezen mit keiner Strafe beleget, 7
VAN LEEWEN *Censur. For. lib. 5. c. 28. in fine*, gleichwohl aber in der
Peinl. Halsger. Ordn. art. 104. daß auf diejenigen delicta, worauf keine
Strafe verordnet, auch kein Richter so leicht eine Strafe erkennen solle, von
Kayser Carolo V. anbefohlen; Hiernächst Inquisit, daß er unter den Hirten
Jungen gewesen, sich beziehet, bey welchen das Mastrupiren dasiger Orten
zur Probe der Pubertät und gleichsam zu einem modo emancipandi oder ei-
ner Ceremonie ihrer Losgebung, wenn sie sich unter einander vor Knechte pas-
siren lassen, üblich und zu Zeit seiner Losgabe selbst practiciret worden; zu
welchen noch dieses, daß die ICti selbsten sich nicht um die Moralität dieses 8
Criminis vergleichen können, noch mit beytrit, ferner dasjenige, was von
dem Crimine Onanitico objiciret worden, daher, daß Onan nicht sowohl der
profusionis seminis halber, als eigentlich wegen der strafbaren Inuidiae,
daß er seinem Bruder und dem von dessen Witbe dem Geseze nach zu erzeu-
genden Sohne nicht die Ehre und Vortheil des iuris primogeniturae gönnen
wollen, bestrafet worden. CLERICVS *ad Genes. cap. 38.* seine Erläute-
rung und abhelfliche Maase bekömt, nachgehends der locus *1. Cor. 6.* theils 9
keinen syllabum, lauter delictorum, so in foro peinlich zu bestrafen, son-
dern ein bloßes gemischetes Register sowohl von delictis forensibus als vitiis
und excessibus, wie aus dem Exempel der Volsäuferey und des Geizes deut-
lich zu sehen, in sich hält, theils die beyden griechischen daselbst befindlichen
Worte μαλακοι und αρσενοκοιται nicht eben manustupratores, sondern
Manspersonen, so mit Manspersonen, und Weibspersonen, so mit dem weib-

lichen Geschlechte Unzucht treiben, bedeuten. GROTIVS *in Comment. ibid.* Als halten wir dafür, daß Inquisit seine vorige Bedienung wieder erhalten und blos mit einer arbitraria, es sey an Gelde oder wilkührlichen Gefängniß bestrafet werden möge.

10 Scabini Lipsienses hanc pollutionem, inter sacra tamen factam et, quod alterum nefas, iterum in templo repetitam relegatione dignam iudicarunt. Nempe locus sacer sic pollutus impuritatem auxisse videbatur. Eaque poena non hoc nostro sed superiori seculo statuta, quo mastupratio species sodomiae putabatur, quod hodie nemo, nisi Iudaeus Apella credit. Neque propter eam vnquam matrimonium dissolutum, quod necesse erat fieri, si cum Sodomia comparari posset *(vid. supra Obs. 229.)* Claudat Obseruationem SIMONIS VAN LEVWEN Belgica praxis, quando quidem in Censura Forensi lib. 5. cap. 28. pag. 543. ita scribit: Plures Sodomitici criminis reorum gradus statuunt alii: vt sunt paedicones, pathici, tribades, mastupratores et similes: quos tamen in nullam poenam incurrere satis constat. Quocum plane sentit HVBER *in Praelect. ad Pand. lib. 48. tit. 5. §. 13.* inprimis hic consulendus; De Lege Scatinia inferius Obs. CCCCLIII. dicemus. Adscribo, quae de hac impuritate MICHAELIS Ius Mosaic. P. 4. §. 214. scribit: Strafen darf man nicht auf die Selbstbeflekung sezen, denn sie kann fast nie erwiesen werden: selbst wo die sichtbaren Zeichen von ihr vorhanden sind, ist es doch unmöglich ohne eigenes Bekentniß des Schuldigen, der keinen Mitschuldigen hat, auszumachen, daß sie wirklich gewesen ist. Also weg in der Gesezgebenden Klugheit mit allen Strafen! Sonderlich da diese am meisten unerwachsene Kinder treffen würde, die mehr der elterlichen Zucht, als der obrigkeitlichen Strafen Gegenstand sind. Aber Moses knüpfte dieses an die Religion und sezte Unbequemlichkeiten darauf: Absonderung auf einen Tag lang von der Gesellschaft, Entdekung der geschehenen Sache vor den Augen, der nicht so nachläßigen, sondern aus Scheu vor dem Ceremonial Geseze auf ihre Söhne aufmerksamen Eltern. Dies muste mehr wirken, als Strafen. Vix risum nunc teneo, cum recorder mihi nouo in dicasteriis assessore, saepius a barbatis patribus dictum esse, ad sodomiam hoc dedecus pertinere, parumque aberat, quin igne in id animaduerterent.

OBSER-

OBSERVATIO CCCIX.

De Meliorationibus feodi.

Ancipites, quae de meliorationibus fundorum nobilium obueniunt, quaeſtiones in Indice pertinentiarum collegimus.

OBSERVATIO CCCX.

De Feodi Deteriorationibus.

Cum contrariorum contraria ſit ratio poſtquam in anteriori obſeruatione de Meliorationibus feodi egimus, nunc de Deteriorationibus dicendum erat, niſi de iis Index noſter Pertinentiarum abunde loqueretur, quam vt euoluas te rogo.

OBSERVATIO CCCXI.

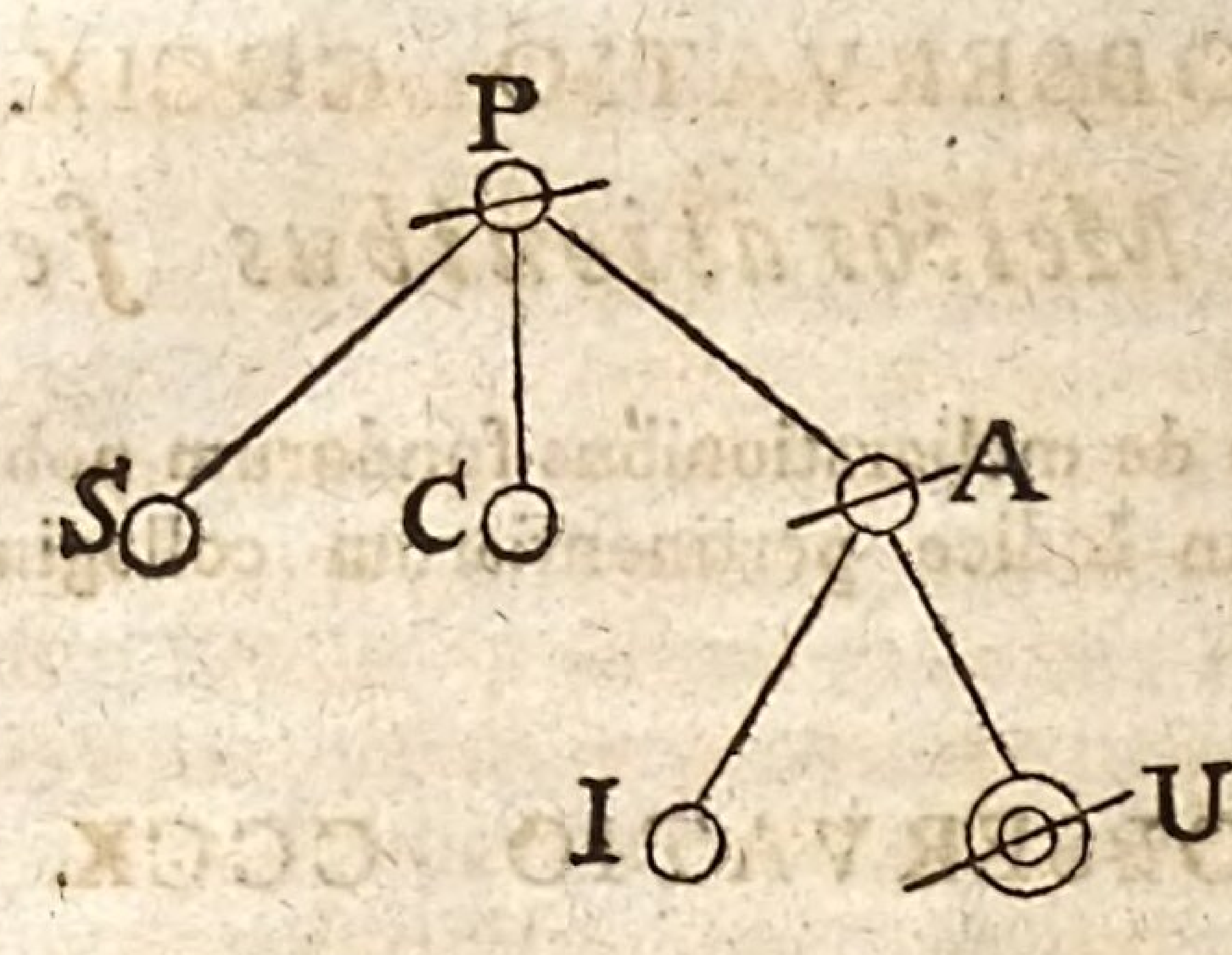
De Gerada ſingularia quaedam.

Haec tota Obſeruatio etiam in Indicem Pertinentiarum migrauit.

OBSERVATIO CCCXII.

Regula: Omnes ſimultanee inueſtitos ſimul ſuccedere, interdum fallit.

Dedimus huius regulae iam ſupra in Obſeruatione CLXXIII. aliquam Exceptionem; iam ecce nouam:



2 Hat P. ein adelich Manlehn ehedem käuflich an sich bracht, welches nach seinem Tode dessen Sohn A vermöge väterlichen Testaments dergestalt überkommen, daß er seine beyden Brüder S. und C. zu Mitbelehnten angenommen, wogegen diese ihm den mit ☿ bemerkten Lehn-Revers ausgestellet, worinnen sie des Besizers Nachkommen weiblichen Geschlechtes, den völligen Nuzen des Guthes zu überlassen versprochen, nachdem nun ferner dieser A mit Tode abgegangen ist, und sothanes Manlehn auf seine Söhne I und U verfället, welche es auch eine Zeitlang gemeinschaftlich besessen, bis endlich I sein Antheil des Guthes an U abgetreten, sich jedoch die Mitbelehnschaft daran vorbehalten hat, wannenhero, nach dem anitzt auch der lezte Besizer U verstorben: **Ob I alleine oder mit S und C zugleich zur Lehnsfolge gelangen könne?** rechtlicher Unterricht begehret wird.

3 Ob nun wohl in solchen Fällen es auf den Lehnbrief, dessen Abschrift uns nicht mit zugesendet, hauptsächlich ankommet, im übrigen aber und wenn darinnen keine besondere Lehnfolge ausdrücklich fest gestellet, oder die Clausel nach Recht der Sipzahl einverleibet, nach Sächsischen Rechten alle Mitbelehnten ohne Unterschied des Grades zugleich im Lehne folgen, dergestalt, daß, wie HORN. *in Iurisprud. Feud. cap. 16. § 12.* und STRVVIVS *in Syntagm. I. F. cap. 9. aph. 16. num. 4.* sich mit satsam deutlichen und auf gegenwärtigen Fall gleichsam angemeßenen Worten ausdrücken, etiam frater defuncti possessoris in feudo quod pater tenuit, non excludat alios simultanee inuestitos vel remotissimos; wannenhero, daß nebst I. auch C. und S. jeglicher zu einem dritten Theile das Lehn bekommen müsse, es sich ansehen lässet;

Dennoch

Dennoch aber und dieweil A. seine Brüder C. und S. nur auf 4
den Fal, wenn er ohne mänliche Leibes Lehns Erben versterben solte, zur Mitbelehnschaft angenommen, jezo aber noch ein Abkömling von A. nehmlich des lezten Besizers Bruder am Leben, also der Fal einer aus der Mitbelehnung entstehenden Lehnfolge bey S. und C. noch nicht vorhanden, über dieses I. da er vom lezten Besizer nach erfolgter Theilung insonderheit zum Mitbelehnten angenommen, arctiori manu coniunctus, folglich nach Maasgebung L. 80. ff. de reg. iur. seines Vaters beyden Brüdern C. und S. vorzuziehen ist, die Worte obangezogener Rechtslehrer aber von dem Falle: wenn jemand an einem vom Vater ererbten Lehne, nach erfolgter Theilung, nebst seinem Bruder zugleich andere Verwante oder auch fremde Personen zu Mitbelehnten nur überhaupt und ohne die Erbfolge eigentlich zu bestimmen, vorschläget, billig anzunehmen, wozu bey gegenwärtiger Streitigkeit noch der Umstand beytrit, daß der Vater des lezt verstorbenen, als er seine beyden Brüder zu Mitbelehnten erkiesete, insonderheit für seine Kinder, so gar weiblichen Geschlechtes, gesorget, und zu deren Besten sich den mit ☿ bemerkten Revers ausstellen lassen, da denn, wenn I. mit C. und S. das Lehn theilen solte, er noch schlimmer als eine Weibsperson in diesem Lehne seyn würde: So ist I. osterwehntes Lehnguth mit Ausschlusse seines Vaters Brüder allein sich anzumasen wohl befugt. Vide supra Obs. CCLXXII. et CLXXIV, et BERGERVM Sum. prouoc. Senat. Decis. 531. vbi addit decidendi rationem: *Absurdum esse per mortem patris eius liberis ius pinguius adquiri, quam ipse habuisset, cum tamen filius ad feudum, non nisi mediante patre, venire possit.* Diximus de eadem materia supra Obs. CXXVII. potissimum vero consulenda inferior Obseruat. DCXXVI.

OBSERVATIO CCCXIII.

De Morgengaba.

Quae sequuntur duae Obseruationes ex Indice Pertinentiarum ver- 1
botenus descriptae.

Morgengabe ist entweder eine bedungene oder gesezmäßige. Ben 2
der bedungenen, die meistens in Gelde bestehet, komt es darauf an, wie viel

viel durch Verträge und in denen Ehepacten der Witwe ausgemachet. Hingegen alle adeliche Witben, es mag eine Ehegabe bedungen worden seyn oder nicht, haben ohne Unterschied die Gesezmäßige zu fordern, nehmlich sie bekommen alles Vieh weiblichen Geschlechtes, so vor den Hirten getrieben wird, nebst denen jungen, wenn solche noch innerhalb des Dreysigsten fallen, als Kühe mit denen Kälbern, ob leztere gleich mänlichen Geschlechtes wären, ingleichen des Ehemans Schafe, Saumütter, Ziegen, auch die Stutten, wenn solche noch nicht eingespannet, ferner Enten, aber nicht die Entriche, Gänse aber nicht die Gänsriche, Truthüner aber nicht Truthäne, und das zugehauene aber noch nicht ausgemaurete Bauholz, so wohl als die Zaunsteken, ferner die Kutsche oder den Himmel Wagen nebst Geschirre, nicht aber die Pferde, ob es auch gleich Stutten wären. Keine Hühner bekomt die Witbe nicht,
3 weil sie nicht feldgängiges Vieh. BARTH *pag. 629.* Auch keine Tauben, wie unter diesem Worte im Pertinenz Register zu befinden. Wenn gleich das Ritterguth verpachtet, so erhält doch die Witbe die Schafe, Gänse, Stutten und so weiter. Denn obwohl dem Pachter das zum Inventario gehörige Vieh, worunter auch die Schafe, nach einer gewissen Taxe übergeben zu werden pflegen, wannenhero daß diesem nicht aber dem verstorbenen Ehemanne an solchen Schafen und andern weiblichen feldgängigen Viehe das Eigenthum gewisser maasen zugestanden, kaum bezweifelt werden kan, und daher daß der Witbe an dem zur adelichen Gerade und Morgengabe sonst gehörigen Vieh, in so ferne es im Pacht Inventario begriffen, weil solche dem verstorbenen Ehemanne nicht eigenthümlich gehöret, kein Recht zu stehe behauptet werden wil, so ist doch zu überlegen, daß der Anschlag der Inventarien Stüken und beygefügte Würderung nicht der Uebereignung halber, sondern vielmehr deswegen geschiehet, damit wenn solche verringert oder verbessert worden, man wissen möge, wie viel einer derer Contrahenten dem andern zur Vergüthung heraus zu geben habe, (infra Obs. CCCCXXXII.) wannenhero das adeliche Eheweib durch die Heyrath das Recht erlanget, nach des Mannes Tode wahre Eigenthümerin der vorhandenen Schafe weiblichen Geschlechts zu werden, so zwar währenden Ehestandes schläfet und unwirksam ist, mithin den Ehemann nicht behindert, einzelne Stüke davon zu veräusern, ihn jedoch außer Stand sezet, durch dieser Sachen Verpachtung seine Witbe des in Gesezen ihr zugetheilten Eigenthums daran zu entsezen. Mit dem Mustheile aber verhält es sich anders (Obs. CLVIII.)

Die Witbe hat in Chursachsen wegen der Morgengabe und des Mus- 4
theils kein dingliches, weniger ein Vorzugs Recht; es wäre denn, daß sie diesfals eine besondere Hypothek sich hätte bestellen lassen, oder der Ehemann körperliche Stüken ihr wirklich schon übergeben hätte.

OBSERVATIO CCCXIV.

De Commestibilibus, Mustheile.

Omisimus in hac noua editione hanc tractationem, quia tota *Pertinentiarum Registro* libro, quo possessor huius Rhapsodiae carere non potest, inserta.

OBSERVATIO CCCXV.

Petitorio instituto interdum super possessione pronunciare permissum.

In processu solenni et ordinario graue videtur a petitorio in sententionando deflectere ad possessorium, quoniam petitioni sententiam leges iubent conformem esse nec aduersarius suas exceptiones ad possessionem dirigere et rotulos offerre potuit, vtpote ad id non citatus. 1
Si vero sine solenni libello, variis hinc inde scriptis, summario et tu- 2
multuario processu fere omnia fuerint pertractata, atque implicita nimis sit dominii quaestio adeoque de petitorio nihil constet, contra vero possessio ad liquidum confessumque perducta est, iudex de hac pronunciare debet, vt saltim aliquid definiatur, et res apte in iuris tramitem deducatur. Hoc melius, quam si plane inanis interlocutoria cum magna litigantium dispendio exeat. *cap. 2. X. de caus. poss. et propriet. L. 3. C. de interdict.* Immo id ipsum etiam in Ordinario eoque solemni processu interdum ita instituere et super possessione decernere proficit. Quoties autem fit irregulare est, et leuteratio locum habet aduersus talem sententiam modo non materialia possessionis, sed facta confusio processus in grauamen deducatur.

OBSERVATIO CCCXVI.

Ob noua indicia rarissime tortura repetenda.

Tortura duobus potissimum in casibus renouatur, primo si reus quidem superauerit tormenta, sed noua de eodem crimine indicia, eaque grauia, quae suo genere a prioribus distant, emerserint. *Constit. Elect. Ined. 9.* Vbi tamen saepius loco torturae purgatorium iusiurandum substituitur. WERNHER *P. 6. Obs. 307. et P. 7. Obs. 139.* BERGER *Elect. Crim. P. 2. Obs. 175. p. 459.* plerique autem plane nihil contra delinquentem pronunciari volunt. *Vide infra Obseruat. DXIV.* Nam fere barbarum, de eadem causa iudicium capitis bis experiri. LANGLAEVS *Ocii semestris lib. 5. cap. 2.* Alter casus est, si impatientia cruciatuum quis fateatur, deinde id ipsum retractet. An tunc ab initio gradus etiam illi, quos superauerit reus, repetendi sint? dixi in FLAVIO GERMANICO s. v. *Marter. Num. XVIII.*

OBSERVATIO CCCXVII.

Collegia opificum aliaque restituuntur in integrum.

Collegia, cum non aliter comparere possint in iudicio, nisi per syndicum, merito vniuersitatis iure censentur, ob facilitatem laesionis, quia res communis plerumque communiter negligitur. Itaque habent restitutionem in integrum. Neque mihi reponas, *Legem. 3. C. de iur. reipubl. L. 4. C. quib. caus. mai. in integr. restituuntur*, tantum de republica loqui, quo nomine Romana intelligebatur, cum reliquae ciuitates loco priuatorum habeantur. *L. 16. ff. de verbor. signif. L. 15. ff. de SCt. Maced.* Etenim, cum iam ab hac strictiori reipublicae significatione doctores recesserint, quando vniuersitatibus et pagis restitutionem dedere, in collegiis et corporibus etiam non piis, attamen licitis, eadem ratio obtinet. Ita saepius iudicatum.

OBSER-

OBSERVATIO CCCXVIII.

Obſeruantiae Dicaſteriorum quantum fieri poteſt, cuſtodiendae.

Quas olim recens aſſeſſor cum in collegia cooptatus eſſem, tantopere deſpiciebam, nunc ipſe obſeruantias trado. Sic fieri ſolet, vt vſus praua quae videbantur, recta faciat. Videntur CARPZOVII tempore, hoc non omnes ſenſiſſe, cum in Deciſione 127. num. 20. ita de quibusdam conqueratur: *Quod deplorandum eſt, non raro nouelli in collegiis aſſeſſores rectius ſapere ſibi videntur, vel ſaltim deciſa anteceſſorum ſuorum ad theoriam et diſputata Academica reuocant, ambiguaque reddunt, vſque dum errorem ſuum agnoſcentes, ad placita anteceſſorum redeant.* Pertinent hac BAYLI verba: *Les plus ſages têtes d'une aſſemblée ont ſouuent le deplaiſir de voir, que la cabale des jeunes gens emportez et peu eclairez obtient à la pluralité des ſuffrages vne deciſion inique temeraire et pernicieuſe.* Dixit alius: *Nemo aliquid audeat, niſi qui ad minimum per integrum luſtrum in collegio militauerit, et ſic ingenii, vtut excellentis, pariter atque iudicii, licet acutiſſimi, vires quinquennali ſaltim experientia magis expoliuerit.* Nempe nihil intereſt, nullum ius, an incertum habeamus; incertum autem enaſcitur, ſi a iure ſemel recepto nimis facile recedamus. Itaque obſeruantiae ſeruentur receptae, niſi manifeſta et ab omnibus agnita eluceſcat iniquitas, ſole meridiano clarior.

OBSERVATIO CCCXIX.

Laudemium etiam id, quod in casum mortis soluitur, non secundum vetus, quo antecessor emit, sed verum fundi pretium aestimandum.

Quid si fundo vendito contrahentes in fraudem domini minus pretium simulent, quomodo taxatio sit instituenda?

Deducendum inuentarii pretium.

Iure Electorali in permutatione cessat per Const. ined. 1. adde Carpzouii Constit. 39. P. 2. Defin. 15.

Etiam liberi a patre ementes laudemium soluunt veri pretii, quoniam etiam in Donatione laudemium debetur.

1 Vt euitarentur incommoda aestimationis, veteres Saxoniae iure consulti nobilem in casu mortis laudemium non magis exigere posse ab heredibus, quam secundum veterem aestimationem, qua antecessor emit, pronunciarunt: Daß Klägers Suchen, das Lehngeld, wenn ein Erbe das vor verstorbene hinterlassene Guth von seinen Miterben annimt, nicht nach dem Preise, dafür der Erbe es angenommen, oder nach dem alten in des Erblassers Kaufbriefe enthaltenen Werthe, sondern nach einer jezigen von denen Gerichten zu machenden Taxe, zu entrichten, nicht stat hat. BERGER *Elect. Disc. For. Tom. 1. tit. 40. § 9. p. 1323.* MENKE *in Pand. si*
2 *ager vectigal. §. 11.* At vero, cum apud nos in *Codice Augusteo Tom. 2. pag. 25.* mandatum die 12. Iulii 1681. ad praefectos emissum contrariam sententiam stabiliuerit, nos, licet haec lex tantummodo Cameralis videatur, tamen in aestimanda laudemii quantitate non illud, quo fundus olim venditus fuit, sed praesens pretium spectamus, LEYSER *Spec. 104. Medit. 7.* BARTH *Hodeget. pag. 874.* HORN *Class. 16.*
3 *Resp. 19.* WERNHER *P. 9. Obs. 92.* Quid quod, si venditor sibi habitatio-

bitationem et victum stipulatus sit, quoniam per hunc vitalitium contractum fundi pretium valde diminuitur, tamen verum pretium hoc quoque casu taxatores statuunt. Si fundus partim venditus partim do- 4
natus fuerit, vt assolet si parentes praedia liberis vendunt, aestimatio necessaria. Si autem fundus non donatus in dotem datus aut per successionem in alterum translatus, sed reuera venditus fuerit, taxa vix locum habebit, quoniam laudemium ipsius pretii ab emtore soluti, quinquagesima pars vulgo dicitur; Itaque hoc casu aestimatio iudicialis cessabit, attamen suspicione fraudis allata, purgatorio imposito veritas eruitur, emtorque iurare cogitur, sed ad minuendum laudemium minus pretium non simulasse. Nos mense Augusto 1767. ita respondimus.

Ist die Gerichtsherschaft Willens die Würderung der lehnbahren Gü- 5
ther, bey verspührter Unrichtigkeit, also vorzunehmen, daß nicht allein das Guth, sondern auch die Viehnuzung, nach Anzahl derer Stüke, an Rind und Schweine Viehe, als auf eine Kuh jährlich 6 bis 7 Fl. auf eine tragende Kalbe halb so viel, und eben so hoch ein Gölde Stüke zu schäzen wären, so daß es scheinet, als wenn gedachte Herschaft auch das Inventarium, dazu das Vieh gehörig, zu verlehnwahren begehre; wannenhero, ob die Gerichts-
herschaft mit solchen Suchen fortkommen werde? die Frage entstehet. Ob 6
nun wohl der Käufer das Inventarium nebst dem Guthe an sich handelt, und davon selten ein eigner Werth ausgeworfen zu werden pfleget, so daß dessen Absonderung vom übrigen Kaufschillinge fast unmöglich scheinet, da solches mit dem Guthe, also alles in Bausch und Bogen verhandelt wird, und überhaupt die Lehnwaare eben so vom Guthe als denen Pertinenz Stüken verlehnwahret werden muß, wannenhero, da das Inventarium aus solchen Stüken bestehet, so zum immerwährenden Umtriebe der Wirthschaft, des Akerbaues und der Viehzucht unumgänglich von Nöthen und bey einem Guthe unentbehrlich sind, so, daß ohne solche ein Landguth so wenig, als ein Wohnhaus ohne Thüre und Fenster bestehen kan, und daher das Inventarium in L. 2. §. 1. ff. de instruct. einer Ausstattung verglichen, und die Mitgift
des Guthes benennet wird. **Dennoch aber und dieweil** das heutiges 7
Tages also benante Inventarium im Römischen Rechte unter dem Nahmen des Instrumenti vorkommet, welches für kein wirkliches Zubehör zu achten, sondern von allen Dicasterien, als eine von dem Grundstüke abgesonderte Vniuersitas rerum betrachtet wird, auch die Unterthanen für die Erneuerung der Inve-

Investitur das Lehn Geld bezahlen, also da sie mit dem Inventario nicht beliehen werden, die Ursache dergleichen zu verlehnwaren, wegfället, sintemalen daß die Unterthanen das Guth samt Hofwehr und Besazung, wie gar wohl etwa hin und wieder in der Lausiz gebräuchlich seyn mag, in Lehn erhielten, in der uns zugeschikten Geschichts Erzehlung nicht angeführet; und wenn auch das sich also verhalten solte, doch die Vieh Nuzung alzu unmäßig und übertrieben angesezet, sintemalen wenn eine Kuh jährlich auf 6 Fl. in Anschlag käme, man nur die Nuzungen, nicht aber zugleich den Aufwand erwägen, und weder Wartung noch das bereits unter dem Werthe der Wiesen in Anschlag gebrachte Futter, abziehen, also zur Ungebühr von einerley Sache doppeltes Lehngeld verlangen würde. Uebrigens den Werth des Inventarii auch bey einem in Folle verkauften Guthe durch Hauswirthschaftsverständige, wenn dieses die Unterthanen verlangen, zu ergründen gar wohl möglich. So ist die Gerichts Herschaft von dem Inventario Lehnwahre zu verlangen, und zu dem Ende die Vieh Nuzungen würdern zu lassen, nicht berechtiget.

8 Zum dritten und auf die dritte Frage wil besagte Gerichtsherschaft, bey vorzunehmender Schäzung der Güther, die Sache also einrichten, daß erstlich die Wohn und Wirthsschafts Gebäude, nach deren Beschaffenheit und Größe, zum andern die Felder, so viel jeder bey seinem Guthe nach dem Werthe, wie solche in einzeln verkaufet zu werden gewöhnlich, als z. E. ein Viertel auf 600. bis 700. Fl. drittens die Gärten und Wiesen, nach der Größe und Nuzbarkeit des Obstes, Grases und Grummets; viertens die Hölzer an schwarzen und Buschholze, nach deren Größe und Nuzbarkeit des Wuchses, als bey leztern auf ein jedes Schok 2 Fl wie es insgemein verkaufet wird, gewürdert werde, und man wil, ob die auf solche Art erfolgte Schäzung in Rechten bestehe, oder wie sie sonst einzurichten sey? durch einen Rechts-
9 spruch vergewissert seyn. Ob nun wohl die Hauswirthschaftsverständigen bey der Würderung der Güther, sowohl Wiesen als Felder, ingleichen die Gärten und Gebäude einzeln, um den Werth des ganzen desto sicherer zu bestimmen, in Augenschein nehmen, und ungefähr nach einer solchen Regel ihr Gut-
10 achten abzufassen pflegen. **Dennoch aber und dieweil** die vorgeschlagene Art alle Stüke einzeln bey einem verkauften Guthe zu würdern, außerordentliche Unkosten verursachen und die Unterthanen zur Ungebühr beschweren würde, besonders aber die Art bey Schäzung des ganzen Guthes, jedes

Stük

Stük auf ſo hoch als es im einzeln verkauft zu werden pfleget, anzuſezen, nie-
mand billigen kan, ſintemalen ein einzelnes Stük mehr gilt, als wenn man
ein ganzes in der Menge kaufet; übrigens den Werth eines jeden Ausmaaſes
auf ein gewiſſes zu ſezen, wegen Ungewißheit des Preiſes derer Dinge, und
da die Erfahrung gewieſen, daß ſeit einigen Jahrhunderten derſelbe unglaub-
lich geſtiegen, ſelbſt der Gerichtsherſchaft nachtheilig werden könte, überhaupt
aber einer Herſchaft, welche die harten Beſchwerden ihrer Unterthanen ſat-
ſam kennet, hierinnen nicht alles auf das höchſte zu treiben, ſondern die Bil-
ligkeit vorwalten zu laſſen, wohl anſtehet; So iſt die vorzunehmende Wür- 12
derung nicht einſeitig, ſondern in beyder Theile Gegenwart dergeſtalt anzu-
ſtellen, daß durch drey vereydete Männer, ſo der Hauswirthſchaft kundig,
deren einen die Gerichtsherſchaft, den andern der neue Lehnmann zu ernen-
nen, den dritten aber die Gerichte zuzuordnen hätten, das ganze Guth über-
haupt, nicht aber nach einzelnen Stüken in Anſchlag gebracht werde.

Conſule inſuper noſtram ſuperiorem Obſeruationem CII. A laudemii quidem praeſtatione regulariter immunes ſunt liberi, vtpote iam in patris inueſtitura comprehenſi. Exceptio tamen ſi filius emat. Tunc enim, quia emens non iure vniuerſali ſuccedit, tanquam extraneus conſideratur. Quod autem nonnulli eam anticipatam ſucceſſionem dixere, ſuaue ſomnium eſt, ſi de laudemio quaeſtio ſit. Aliter ſe res habet, ſi de retractu exercendo aut de laeſione enormiſſima quaeſtio ſit, vbi anticipata ſucceſſio potius, quam emtio putatur, vt inferius Obſ. CCCCXXXI. dicemus. Eſto enim haec translatio partim emtio partim donatio (Obſ. CCCCXXXI). tamen etiam ex donatione laudemium ſoluendum ANT. FABER *in Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 29.* Datur enim pro inueſtitura noui poſſeſſoris.

OBSERVATIO CCCXX.

Pacta successoria, quod personam tertiam in iis nominatam attinet, mutari possunt, etiam inuito altero coniuge.

Pacta dotalia iudiciali confirmatione non indigent.

Sola subscriptio acceptationem non inuoluit.

Si in pacto successorio stipulator ante promittentem moriatur, tamen heredes succedunt.

Clausula derogatoria in pacto successorio immutabilis.

Remedium ex L. fin. C. de edict. diu. Hadr. toll. stipulatori competit.

Pactum renunciatiuum in se tacitam continet clausulam: si ei, in cuius fauorem renunciatum est, deferatur hereditas.

Si iuratum sit, renunciatio propter laesionem enormissimam non rescinditur; si non iuratum sit, rescinditur. Const. Elect. 35. P. 2.

1 Pacta successoria licet a contrahentibus reuocari nequeant, mutabilia tamen putantur, intuitu personarum, quarum incidenter tantum mentio facta est. Inprimis mortuo alterutro coniuge omne pactum corruit, nisi disertis verbis fideicommissum firmiter constitutum sit, ac clare perspicueque coniuges declarauerint, se nec alterutro mortuo voluntatem mutaturos esse. Imitatur enim tale pactum in multis testamenta reciproca, adeo quidem vt etiam stipulatori Remedium ex L. fin. C. de edict. diu. Hadr. toll. competat BÖHMER *Consult. Tom. 1. Part. 2. Resp. 53. et Tom. 2. P. 2. Resp. 1006.* Nam vt testamenta reciproca in multis imitantur naturam pacti successorii, ita hoc quam saepis-

saepissime ex testamenti regulis explicandum. Itaque si vxor in pa- 2
ctis dotalibus dixerit: si prius moriar, maritus semissem, alterum semissem fratres mei habento, nec casus iste extiterit, sed maritus prius obierit, nonne vidua testamentum condere atque tertio cuidam totum patrimonium legare possit? Respondimus: Daß dergleichen pacta successoria, in so weit sie fremde Personen betreffen, auch einseitig abgeändert werden mögen, es wäre denn, daß diese dritte Person ein Mitcontrahente gewesen wäre, und mittelst deutlicher und ausdrücklicher Acceptation ein Recht gewonnen hätte. Et iterum mense Augusto 1766. versus stadam:

Obwohl Beklagte darinnen irrig, daß sie das am 18ten October des 3
1738sten Jahres zwischen der verstorbenen Eleonoren Carolinen Polemannin, gebohrner Blechin, und deren vor ihr mit Tod abgegangenen Eheman Meinhard Gustav Polemannen errichtetes wechselseitiges Pactum successorium für einen lezten Willen, also da bey solchem die sonst erforderlichen Feyerlichkeiten keinesweges beobachtet worden, als nichtig auszugeben gedenken (Obs. CCIV.) und eben so wenig denen Beklagten zum Vortheil gereichet, daß solcher zwischen denen Polemannischen Eheleuten errichtete Vertrag Obrigkeits wegen nicht bestätiget worden, immaasen, wenn nicht ausdrückliche Landesgeseze, daß Ehestiftungen gerichtlich geschehen sollen, besonders verordnen, außergerichtliche eben so verbindlich, LEYSER *Spec. 376. med. 17.* und wenn schon übrigens ausgemachten Rechtens, daß bey wechselseitigen Testamenten der Eheleute, so bald eines von beyden verstirbet, von Seiten des Ueberlebenden das testamentum reciprocum ein destitutum werde, folglich alsdenn dieser nach Gefallen mit sämtlichen Güthern schalten und walten, mithin auch ein neues Testament errichten könne, Klägerer Einwand dagegen, wie man nehmlich von Testamenten nicht leicht auf die Contracte einen Schluß ableiten dürfe, gewisser maasen wohl gegründet, besonders aber der Umstand Klägeren zum Vortheile zu gereichen scheinet, daß des verstor- 4
benen Eheweibes leiblicher Bruder Gregor Blech für sich und in angeblicher Volmacht des andern Bruders Johan Franz Bleches, von welchen beyden jezige Klägere Erben worden, die obangeregte am 18 Octob. des 1738. Jahres errichtete Urkunde zugleich mit unterschrieben, woraus daß weil die Ehefrau gedachten ihren beyden Brüdern in solchen das meiste zugewendet, es keiner Acceptation bedurft habe, gefolgert werden möchte, weil die Vermuthung,

muthung, daß ein jeglicher den ihm versprochenen Vortheil nothwendig wollen müsse, solchemnach nicht einmal eine förmliche Annehmung von nöthen sey, welche gleichwohl theils durch die Nahmens Unterschrift, theils in den zu Ende angehängten Worten: **ratihabiren solchen vielmehr in bester Form Rechtens durch unsers Nahmens Unterschrift,**
4 wirklich erfolget sey; Endlich wenn auch schon die beyden Brüder Gregor und Johann Franz die Bleche noch vor ihrer Schwester der Polemannin verstorben, hier ebenermasen dasjenige so bey den Testamenten stat findet, nicht anzuwenden noch zu schließen stehet, daß weil die Erben eines vor den Testirer verstorbenen heredis des leztern Nachlaß nicht fodern mögen, dieses bey Handlungen unter den Lebendigen sich gleichergestalt verhalte, da bey solchen ein jeglicher nicht allein für sich, sondern auch für seine Erben sich etwas versprechen läßet, und alle Pacta eher für realia als personalia geachtet werden, mithin auch diese Ausflucht derer Beklagten dahin
5. fället, überhaupt aber daß die Verstorbene ihren Willen nicht ändern und dem von Klägerer Erblassern zugleich mit unterschriebenen Pacto zuwider, jezige Beklagte zu alleinigen Erben einsezen könne, daraus gefolgert werden wil, daß demselben zu Ende die Worte: **Auf daß dieser Contract und Vergleich in allen seinen Puncten und Clauseln fest und unverbrüchlich bestehen möge, so haben beyde Ehegatten sich aller diesem entgegen seyn könnenden Dispositionen, Donationen 2c. und was solchen umzustoßen jemals möchte erdacht seyn, begeben,** welche derogatorische Clausel zwar nicht bey Testamenten, wohl aber bey Pactis durch welche man testamenti factionem sich selbsten wohl entziehen und benehmen kan, sonst seine gute Wirkung hat, also daß darauf zu sehen und das neuerliche Testament, worinnen Beklagter zum Erben eingesezet, für null und nichtig zu erklären sey, dafür gehalten werden möchte.

6 **Dennoch aber und dieweil** wenn gleich Ehestiftungen und andere der Erbfolge halber errichtete Verträge, einseitig und wider Willen des andern Ehegatten nicht zu widerrufen stehen, solche nichts destoweniger, was die in solchem benamte fremde Personen anbetrifft, auch einseitig, zumal nach des andern Ehegattens Tode wiederrufen werden können, weil nicht mit diesem dritten, sondern lediglich und allein unter sich die Eheleute eine Abredung getroffen, also dergleichen Stiftungen oder Erbverbrüderungen, wenn in solchen zugleich, daß etwas von denen Gütern nach eines oder des andern Tode den

Geschwi-

Geschwistern oder sonst fremden Personen gegeben werden solle, verordnet, nichts destoweniger auch einseitig durch die paciscirenden Eheleute ihres Gefallens geändert werden mögen LEYSER *Spec. 359. med. II.* es wäre denn daß diese dritte Personen wirklich Mitcontrahenten gewesen wären, oder mittelst deutlichen und ausdrüklichen Genehmhaltens und Annehmung des Versprechens ein unwiederruflich Recht gewonnen hätten, sintemalen solcher Personen nur neben bey enunciatiue nicht disponendi animo unter der stilschweigenden Clausel: rebus sic stantibus, Erwehnung geschiehet also hieraus dergleichen fremden Personen, die nach Gelegenheit nicht einmal, daß man ihrer gedenke, wissen, kein Recht erwächset, weil nehmlich die Ehegatten nicht mit ihnen, sondern vornehmlich und hauptsächlich unter sich contrahiren, also hierinnen lezte Willen und Ehestiftungen einander ähnlich, sintemalen daß ein Testirer sein Testament allemal ändern könne, keine andere, als eben diese Ursache hat, weil der Erbe durch die Acceptation kein Recht erlanget, daß aber in gegenwärtigen Falle derer beyden Brüder Unterschrift für eine förmliche Annehmung des Versprechens zu achten sey, keineswegs zu behaupten, weil nichts ungewöhnliches, daß dergleichen Stiftungen auch zuweilen Zeugen unterschreiben, also aus der Brüder Unterschrift, in welcher Qualität sie solche bewerkstelliget, nicht abzunehmen, wannenhero derjenige so etwas versprochen hat, wenn von jener Seite die ausdrükliche Genehmigung ermangelt, nicht verbunden wird, da derjenige so stille schweiget, wenn ihm die Geseze zu reden befehlen nach Maasgebung *cap. 44. de reg. iur. in 6to* weder für einen bejahenden noch verneinenden gehalten werden mag (vide supra Obs. CCCCXI.) die in dem schriftlichen Pacto vorkommenden Worte aber: ratihabiren solchen vielmehr in bester Form Rechtens nicht auf die Brüder als Klägrer Erblaßere sondern auf die unter sich paciscirenden Ehegatten zu ziehen, maßen erstere in dem ganzen Zusammenhange niemals redend aufgeführet werden, sondern durchgängig beyde Eheleute nur unter sich zu thun haben, daher die Brüder, ihrer Unterschrift ungeachtet, nicht als Hauptcontrahenten, sondern lediglich als stumme Personen zu betrachten, *Obs. DXCV.* und wohl zu erwegen, daß wie die stärkste Vermuthung vorwaltet, die Verstorbne ihre beyden Brüder die Erbverordnung bloß zu ihres Ehemanns mehrer Sicherheit mit unterschreiben lassen, damit nehmlich jene dereinst als natürliche Erben, diesem keine Verdrießlichkeiten in Weg legen oder etwas abfordern möchten, und also auch die derogatorische Clausel nicht zu Liebe der Brüder, sondern lediglich in Ansehung des Ehemannes, welcher eigent-

(Margin: 7 beside "genden Clausel…"; 8 beside "gen unterschreiben…")

eigentlich der paciscirende Theil, angehänget werden, wannenhero osterwähnte 9 Polemannin wohl ein neues Testament errichten, und hierinnen Beklagten zum Erben einsezen können, sintemalen Klägere dieses zu erwegen haben: daß nicht unbedingter Weise und auf alle Fälle, sondern nur in diesem einzigen, wenn die Polemannin zuerst versterben solte, ihnen die Erbschaft beschieden worden, welche Bedingung aber sich, da der Ehemann eher als das Weib dieses Zeitliche verlassen, nicht zugetragen und aber die Bedingung sich ereignet haben muß, wenn dem stipulatori aus solcher bewundenen Zusage ein Recht erwachsen sol, so ist ꝛc. Caeterum de pactis successoriis generali-
10 oter notamus: Pactis renunciatiuis tacitam inesse clausulam: Si illi in cuius fauorem renunciatum est, deferatur hereditas ostendemus inferius Obs. DCIII. Caeterum ius adcrescendi etiam in pactis successoriis locum habet Obs. DCXIX.

OBSERVATIO CCCXXI.

Qui alienas litteras aperit, etiamsi nullum damnum ex eo emerserit, tamen sex septimanarum carcere puniendus.

Eadem poena, si quis obsignationem iudicialem revellit.

Aure ad parietem admota, quae in conclaui alieno geruntur, furtim explorantes carcere sex dierum digni.

1 Non dubium falsum committere, qui alienas dolo malo nimiaque curiositate resignat litteras, legit, aut alteri legendas tradit, vnde poena, vt in hoc crimine falsi assolet, pro magnitudine damni variabit. Sed etiamsi nullum damnum emerserit, tamen, quoniam fides et securitas publica hoc facto perturbatur, crediderim sex septimanarum carcere aut mulcta huic pari puniri posse, *arg. L. 38. §. 7. 8. 9. ff. de poen.* Leuis haec poena, cum etiam relegatio et virgarum coercitio interdum dictata fuerit. KRESS *ad C. C. C. art. 113. p. 324.* Imo mihi

mihi grauius falsi crimine haec effractio litterarum et ad furtum propius accedere videtur, vt nouo nomine *furtum arcanorum* appellare audeam, a quo vir bonus et honestus merito abhorret. Non potuit, vt Aeneas Sylvius refert, FRIDERICVS Imperator, cum ei Sollichii litterae in manus venissent, essentque, qui eas aperiendas dicerent, quod in iis aliquid proditionis scriptum esse putarent, quod sciri expediret, his persuasionibus adduci, vt amici epistolam ad se non spectantem aperiret, tametsi quibusdam videretur inde periculum imminere.

Obiter moneo, eum qui sigilla iudicialia conclauibus imposita 2
clam reuellit, eodem sex septimanarum carcere puniri, aut mulcta huic pari.

Aeque turpe et infame hominum genus, qui aures ianuis et pa- 3
rietibus alienis applicant, vt furtim, quae alii in suo conclaui agunt et loquuntur, excipiant. His si subito protrusis ianuae foribus caput contundas, poena leuissima, nec pretium doloris erit, quoniam sua culpa hoc damnum contraxerunt. Imo potius ipsi, qui clandestina sic auribus captant, sex dierum carcere puniendi, siue aliquid, siue nihil audierint. Furti enim haec quasi species, quoniam vniuscuiusuis non mediocriter interest, arcana sua nemini patere. Si nimirum iure Romano actione iniuriarum recte conuenitur, qui alienum fundum domino inuito introiuit, *L. 13. §. 1. ff. de iniur.* non dubito ianuae alienae aures clanculum admouentes iniuriarum condemnare. Si hac displiceat, malisque, per me enim hoc facile licet, Extraordinariis criminibus id factum accensere, non repugnauerim. Iunge huic Obseruationem DCI. in qua de Proditoribus priuatis agemus.

OBSERVATIO CCCXXII.

Fiscus restituitur in integrum.

Ex factis officialium fiscum non restitui in integrum, BERGER *in Oe-* 1
con. Iur. lib. 3. tit. 15. th. 15. not. 1. existimat. Sed id nullo modo probo, cum restitui eum satis doceat *L. un. C. de sentent. adv. fisc. L. 4. C. quibus ex caus. mai. L. 3. C. de iure reipubl. L. 1. C. ne fisc. rem quam*
vendid. WERNHER *P. 7. Obs. 87.* Si an fiscus, quae largissime ei in- 2
dulta

dulta ſunt, (nec mirum enim legislatores ſibi proſpexiſſe) beneficia mereatur? addubites, audi Imperatorem Iuſtinum apud poetam CORIPPVM *lib.* 2. ita loquentem:

Quod fiſci eſt, nullus rapiat; cognoſcite fiſcum
Ventris habere locum, per quem omnia membra cibantur.
Venter alit corpus; fuerit ſi venter inanis,
Omnia deficiunt. Tenuantur robore membra
Et contracta rigent arentibus oſſa medullis,
Omnibus ſufficiunt ſacrati commoda fiſci,
Ex quibus commune bonum, commune levamen.
Tutetur fiſcus, iuſtorum nemine laeſo;
Quae ſua ſunt capiat, quae ſunt priuata, relinquat.

Habent omnia priuilegia fiſci iniquitatis praeſumtionem, cum is ipſe dederit in cuius fauorem data ſunt. Non debebant eſſe alia aerario alia ciuibus iura. *Obſ. infer. CCCCLXXX.* Si mihi principatus contingat, legem ſcripſerim hanc: vt iudices, quoties inter fiſcum et ciues controuerſia oriretur, contra fiſcum potius, quam contra ciues pronunciarent, quia mihi ſatis notum eſt et experientia longa exploratum, praeter has fiſcales leges, indulgeri potentioribus adhuc plures a iudice fauores, et iure conſultos principi in omnibus turpiter aſſentiri. Nullus fiſci patronis pudor contractus vere et ſancte initos reſcindere, iura praediorum imminuere et fallere datam fidem, ſi modo aerario proficiat. Laudabilis Ludouici XIV. Galliarum regis moderatio, qui cum lis eſſet inter ipſum et quosdam ciues Pariſinos, re ad eius ſupremum conſilium delata, cum ſuffragia iudicum paria eſſent, adeoque litem dubiam pro ſe decidere potuiſſet, laudabili exemplo et fere inaudito, ſolo ſuo ſuffragio ſe ipſum damnauit, pronuncians: ſibi cauſam ciuium iuſtam videri. Nec penitus ergo noſtra aetate Traiani deficiunt de quo principe in Panegyrico PLINIVS: *Quae praecipua,* inquit, *tua gloria eſt, ſaepius vincitur fiſcus, cuius cauſa mala nunquam eſt, niſi ſub bono principe.* Luculentuis in L. 10. ff. de iur fiſc. Modeſtinus: *Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaeſtionibus contra fiſcum facile reſponderit.* Adde Obſeruationem DCXL. num. 3.

OBSER-

OBSERVATIO CCCXXIII.

Etiam extra Saxoniam contra matrimonium admittimus iurisiurandi delationem.

Cap. *fin. X. de transact.* loquitur de ſponſalibus de praeſenti, quae ipſum ſunt matrimonium, vt plane ridiculum ſit, eam legem generalem putare. Itaque a MENKENIO in Pandectis contrarium ſtatuente iam dudum receſſum eſt. WERNHER *P. 3. Obſ. 216.* LEYSER *Spec. 135. med. 8.* BÖHMER *I. E. P. lib. 4. tit. 1. §. 161. ſeq.* Abſurda haec de iureiurando contra matrimonium non admittendo ex parum intellecta a theologis diſtinctione inter ſponſalia de praeſenti et illa de futuro ortum. Quis hodie autem ſponſalia pura cum illis de praeſenti comparauerit, niſi qui nullam plane harum rerum notitiam habeat et quadrata rotundis ſtudioſe miſceat.

OBSERVATIO CCCXXIV.

Vniuerſitatibus et eccleſiis quadriennium reſtitutionis ſtatim currit a tempore contractus, aut ad ſummum a die, quo laeſionem reſciuerunt, niſi adſit ſupina negligentia vt facile ſcire potuerint, aut praeſcriptio iam completa ſit.

Miror de eo doctos homines non raro dubitare, cum a die contractus hoc quadriennium currere vniuerſitatibus, illico probetur per *Cap. 1. X. de reſtit. in integr.* CARPZOV *lib. 2. Reſp. 96. num. 4.* 1
In neglectis fatalibus, hoc quadriennium currit ab ipſo fatalis termini die. Si vero antiſtites eccleſiae aut tres ex vniuerſitate iurare poſſint, ſe laeſionem non prius reſciuiſſe, ex quorundam opinione currit a tempore ſcientiae *cap. 1. et. 2. de reſtit. in integr. in 6to.* BÖHMER *Pand. lib. 4. tit. 4. §. 13.* CARPZOV *lib. 2. Reſp. 96. num. 12.* Interdum tamen ex generali praetoris clauſula; ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe vi- 2

 debitur

debitur, ecclesiae etiam post elapsum quadriennium restituuntur. *cap. 1. de restit. in integr. in 6to* CARPZOV *lib. 2. Resp. 96. num. 9.* Sed hae exceptiones rarius admittendae, nec tanti sunt valoris, vt nostram regulam subuertant nec pertinent ad praescriptionem.

Si vero post completa praescriptionis tempora nempe post 44. annos parochus aut antistites ecclesiae dicere velint, se nunc demum comperiisse, irridentur nec audiuntur quia *cap. 1. et 2. de restitut. in integr. in 6to* non de restitutione contra praescriptionem sed de restitutione contra sententiam vel contractum vel confessionem suam. Comparatae sunt ecclesiae minoribus adeoque non possunt meliori iure frui quam illi quibus comparantur. At vero minores post elapsa praescriptionis tempora frustra restitutionem petunt quod laesionem non prius resciuerint. Nos cancellariae Bukenburgensi Comitum Lippiensium mense Augusto 1775 ita respondimus. Obwohl einige dafür halten, daß die denen Kirchen (welche die Rechte der Minderjährigen haben) zustehende vierjährige Frist der Wiedereinsezung in vorigen Stand allererst von der Zeit an, da die Kirchenvorsteher die vorgefallene Verlezung erfahren, zu laufen anfange,

arg. cap. 1. et 2. de restit. in integr. in 6to.

so ist dieses gleichwohl nicht auf die bereits abgelaufene Verjährung anzuwenden, sintemalen selbst nicht einmal Unmündige (denen die Kirchen nur erst verglichen werden) wenn die Verjährung nebst der vierjährigen Frist verstrichen, aus dem Grunde, sie oder ihre Vormünder hätten die Verlezung nur izt neuerlich erfahren, die Wiedereinsezung in vorigen Stand begehren mögen, weil die Verjährung der längsten Zeit auch denen Unwissenden läuft Obs. CXV. Uebrigens aber sehr sonderbar ausfält, wenn daneben der Prediger Borkhausen aus dem Lehnrechte auf die Kirchen einen Schlus ableiten und, daß wenn schon die vorigen Pfarherrn die streitigen 2 Malter Hafer nicht eingefodert, dieses doch den nachfolgenden Pfarherrn keine Einbuße oder Verlust zu Wege bringen könne, behaupten wil, weil bey Lehnen, wenn ein voriger Besizer ohne der Agnaten und Gesamthänder oder auch des Lehnherrns Vorbewust dem Lehne einen Nachtheil zugezogen, als: etwas davon veräusert oder es mit einer Dienstbarkeit beschweret u. s. w. dieses vorgedachten Personen, als künftigen Besizern des Lehnguthes, unnachtheilig sey, quoniam, nondum delata successione, nondum sit nata actio,

L. 1.

L. 1. §. 2. C. de annal. except.

L. 9. §. 2. ff. de pignorat. act.

also auch, da er der Prediger ebenermasen so wie die Mitbelehnten und Lehnsvettern ein successor singularis sey, ihm die Fahrläßigkeit seiner Vorgänger am Predigeramte nichts schaden könne, welche Folgerung aber keinen Grund hat, allermasen die Unähnlichkeit beyder Fälle, satsam in die Augen leuchtet, weil der Lehnherr und die Mitbelehnten schon bey Lebzeiten des nachläßigen Besizers ein dingliches Recht am Lehne haben, das ihnen weder von selbigem noch von einem Dritten wider Willen entzogen werden mag, welches sich aber bey dem izigen Prediger Borkhausen ganz anders verhält, als welcher zur Zeit, als die vorigen Pfarherren nachläßig waren und etwas veräuserten, gar keine Hofnung, weniger ein dingliches, gewißes und unbezweifeltes Recht hatte, deren Nachfolger zu werden, also, daß er, oder sein Vater, oder Grosvater, schon bey Lebzeiten des nachläßigen Vorfahren am Pfardienste ein dergleichen Recht am Predigeramte gehabt, keinesweges so, wie etwa der Lehnherr, oder Gesamthänder bey einem alten Stamlehne, behaupten kan; wie denn bekannt ist, daß, wenn jemand ein Ritterguth kaufet, er die abgerißenen Stüken und abgekommenen Gerechtigkeiten nicht wider zurük verlangen kan,

arg. L. 3. C. de seruit.

cap. 79. de reg. iur. in *6to.*

Rhapsod. Obs. CCXXXVII.

und denn ein neuer Pfarrherr eher diesem Kaufe als einem Mitbelehnten zu vergleichen, und solchemnach der von Prediger Borkhausen abgeleitete Schluß ungültig, welches auch so fort daher sich abnehmen läßet, daß, wenn solcher gelten solte, es niemals möglich wäre, daß ein Pfarguth verjährt werden könte, sondern wenn es auch seit vielen Jahrhunderten in andern Händen sich befunden hätte, jedesmal dem Besizer entrißen werden könte, welches zu behaupten noch nie einem Rechtsgelehrten zu Sinnen gestiegen, weniger, ein solches in Gesezen, welche bey Kirchengüthern die Verjährung nur in etwas verlängert, nicht aber gänzlich aufgehoben, irgendwo befindlich.

OBSERVATIO CCCXXV.

Exheredatio liberorum, ob ſponſalia ſine parentum conſenſu inita, mox totalis, mox tantum vſque ad dimidium legitimae.

Liberi abſque parentum conſenſu ſponſalia ineuntes, ſi copula carnalis aut ſacerdotalis non acceſſerit, tantum quoad dimidium legitimae exheredantur. Churſächſ. Ehe-Ordn. *in Cod. Aug. Tom. I. pag. 1020.* Si autem inſuper concubitus acceſſerit, totalis exheredatio obtinet. *ibid.*

OBSERVATIO CCCXXVI.

Si in pacto retrouenditionis nihil de pretio dictum, praeſens aeſtimatio ſpectanda.

Nemo facile CARPZOVIO *P. 2. Conſt. I. defin. 22.* adſtipulabitur, qui retrouenditurum eo pretio contentus eſſe iubet, quod ipſe olim ſoluerit. Potius id pretium ei numerandum, quo res in praeſens venire poteſt, quoniam poſſeſſor in meliorando praedio quaſi reluentis negotia geſſit, dum ſuas pecunias in rem quaſi alienam vertit. Sane retrouenditurus de damno vitando, contra reluens, de lucro captando certat. In Saxonia electorali argumentum ducere licet ex mandato d. 26. Ian. 1732. ibi: Nach itzigen Werth.

OBSERVATIO CCCXXVII.

An cui bona generali hypotheca oppignorata sint, persecutionem habeat rerum singularium alii venditarum?

Specialis hypotheca posterior non vincit generalem anteriorem.

Bona sua omnia per hypothecam generalem rusticus in Lusatia oppignorauerat creditori sub formula: Mit Verband aller meiner Güther. Deinde vas aheneum vendiderat Iauoleno. Quaerebatur an creditor actionem hypothecariam instituere possit aduersus Iauolenum, si is nondum vsu cepisset? Respondimus anno 1762. excusso prius debitore actioni hypothecariae aduersus ahenei vasis debitorem locum esse, quoniam quilibet emtor rem cum onere accipit, quod antea ei inhaerebat *L. 15. C. de pignor. et hyp.* insuper etiam mouebamur auctoritate L. 17. C. de distract. pignor. in qua dicitur: *Rei creditor obligatae generali siue speciali conuentione (per creditorem alium cui non fuerat nexa) venundatae, non amittit persecutionem;* nec non L. 2. ff. quae res pignor. in qua dicitur: *Qui generaliter bona creditoris pignori accepit, eo potior est cui postea vnum praedium ex his bonis datur, quamuis ex caeteris pecuniam suam redigere possit* tandem etiam auctoritate CARPZOVII *P. 2. Const. 23. defin. 12.* Itaque creditori, cui generali hypotheca anterior constituta, prioritatem dedimus prae iuniore creditore, cui res singularis postea demum oppignorata erat. 1

Hoc Facultatis Iuridicae responsum graue quibusdam visum, quoniam si omnia bona oppignorata essent, id plane simile sit tabernae oppignoratae. Iam vero ei, qui tabernam oppignorauit aut gregem, merces singulares aut vnam alteramue ouem vendendi aut oppignorandi ius est L. 34. ff. de pignor. et hyp. vbi SCAEVOLA: *Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, vtrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et, si eas merces per tempora distraxerit et alias comparauerit easque in tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypotheca-* 2

ria actione petere possit, cum et mercium Species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: Ea quae mortis (aut coorti concursus) *tempore, debitoris in taberna inuenta sunt, pignori obligata fuisse videntur* nec non L. 3. C. de seruo pig. dat. manumis. vbi SEVERVS et ANTONINVS Imperatores inscripsere: *Ab eo, qui bona sua pignori obligauit,* QVAE HABET QVAEQVE HABITVRVS ESSET, *posse seruis libertatem dari certum est. Non idem iuris est in his seruis, qui pignoris iure* SPECIALITER *traditi vel obligati sunt.* Id multo magis in hypotheca omnium bonorum et iuris quadam vniuersitate, quae itidem incrementum et decrementum recipit, obtinet. Alias enim id absurdum consequeretur, vt rusticus ille nec oua, nec pullos, nec detritam vestem vendere potuisset. Adeoque sub tali generali omnium bonorum hypotheca tantum intelliguntur ea, quae tempore cessionis bonorum supererunt. HOTTOMAN. *Tr. de Pign. lib. 1. cap. 5. n. 3.* Sed et Mense Aprilis 1773 Quakenburgico iudici in Osnabrugensi episcopatu ita respondimus: Dieweil der Handel und Wandel ganz verstöret würde, wenn gegentheilige Meynung angenommen werden solte

LEYSER. Spec. 224. Med. 6.

und auserdem, was in L. 34. D. de pignor. und L. 3. C. de Seruis pignor. manumiss. enthalten, noch besonders in Erwägung kommt, daß, gleich wie bey einer Hypotheca generali, die einer Abnahme und Wachsthums fähig ist, auch künftige erst nach der Verschreibung erlangte Güther, für verpfändet geachtet werden.

L. 1. D. de pign. et hyp. L. 9. §. fin. D. qui pot. in pign. L. 6. C. quae res pign. oblig. poss.

Also auch der Aehnlichkeit sothaner Rechte nichts gemäser, als daß umgekehrten Fals die algemeine Hypothek an einer Sache erlösche, wenn der Schuldner, so zuvor, ehe er zahlbar zu seyn aufgehört, oder der Hypothekarische Gläubiger geklaget veräusert worden.

GAIL. lib. 2. Obs. 83. num. 5.

3 Haec omnia etsi secundum rectae rationis dictamina summam aequitatem habeant, nihilominus tamen et in iure Romano *L. 17. C. de distract. pign. et L. 2. ff. quae res pignor.* et obseruantia fori, pariter atque sententia iuris consultorum fere vnanimi receptum vt re nondum vsu capta, neque qui res singulares ex omni substantia bonorum oppignorata

gnorata emit, neque ſequens creditor hypothecarius rei ſingularis denuo oppignoratae, ea ſecure fruatur; vnde adſtipulor ei, quam maiores noſtri in collegio ſtatuerunt ſententiae, nempe hic ſpeciem generi non derogare, quod luculentius patet ex hypothecis tacitis, quae generales ſunt, et tamen coorto concurſu inter expreſſas in ſententia locationis ſecundum meram temporis prioritatem collocantur, adeo quidem, vt etiam vxori aut pupillo, aliisque tacita hypotheca praeditis, excuſſo tamen prius tutore aut marito, (*Obſ. LXII.*) actio hypothecaria detur aduerſus emtorem rerum ſingularium quondam tacite oppignoratarum, ſi iſte nondum vſu ceperit.

Authr. Hoc ſi debitor C. de pignor.

adeoque inter generales et ſpeciales hypothecas non tale diſcrimen obtinet, quod inter publicas et priuatas cernitur, ſi quidem regula alias recepta: in toto iure ſpeciem generi derogare in doctrina hypothecarum neutiquam recepta.

LVDOVICI *Concurſ. Proc. cap. 10.*

Vnde ea in hac re difficili ſententia priſtinae maiorum noſtrorum ſententiae non alteri nouaturienti accedit, vt is cui bona omnia generali hypotheca fuerint oppignorata vtique perſecutionem habeat rerum ſingularium alii poſtea oppignoratarum vel venditarum. Eccleſia quaedam Martiano 400 florenas credens eius fundum A. anno 1760 expreſſa hypotheca obligatum ſecuritatis cauſa, acceperat. Idem Martianus alium agrum B. anno 1773. obligauerat Epicuro centum credenti, itidem expreſſa et ſpeciali hypotheca. Cum vſuras Martianus non ſolveret et res eius quotidie in deterius verterentur, eccleſia creditrix fundum A ſibi obligatum haſtae publicae ſubigit. Sed licitatores pauci cum veniſſent non venit pluris quam 250 florenis, vt hac ſubhaſtatione eccleſiae non ſatis fieret. Ergo eadem eccleſia cum et tacitam haberet omnia bona afficientem noua hypothecaria actione agrum B perſequitur, qui licitanti 60 florenos addicitur. Interuenit Epicurus. Reſpondimus 60 florenos non huic ſed eccleſiae exſoluendos eſſe.

OBSERVATIO CCCXXVIII.

Periculum dotis in nominibus consistentis, an ad vxorem pertineat?

Affirmat *L. 30. C. de iure dot.* CARPZOV. *P. 2. Constit. 42. defin. 19.* potissimum autem *defin. 21.* in qua haec regula limitatur. Hoc intelligo de nominibus, quae ipsi intulit, non de iis quae durante matrimonio maritus elocauit. Nam talia nomina elocat suo periculo. HORN Class. 3. Resp. 3. Item si maritus pecuniam dotalem mutuo dederit, periculum penes maritum est, wenn er auch gleich die Schuld auf sie schreiben lassen. Tutelae Germanorum fructuariae proprium vt periculum pertineat ad administratorem, qui in rebus fungibilibus vxoris etiam iure Romano plenum dominium consequitur. MENKE *Pand. lib. 23. tit. 3. §. 12.* Adde Obseruationem meam quae inscribitur: *Si vxor marito nomina actiua intulerit, quae absque sua culpa pereant ea post vxoris mortem heredibus restituere non tenetur. Contra autem si haec nomina exegerit et pecuniam inde redactam denuo siue suo siue vxoris nomine aliis mutuo dederit, pereunt marito.*

OBSERVATIO CCCXXIX.

Neque a venditione neque a locatione arrhae dispendium liberat.

1 Quod in Institutionibus principio tituli de emtione dicitur: *Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum, hoc enim subsecuto, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emtor, perdit, quod dedit; si vero venditor, duplum restituere compellitur*, de emtione imperfecta intelligere debemus, alias enim hic locus cum *Lege 6. C. de rescind. vend.* pugnabit, quae negat perfecto
2 negotio arrhae dispendium liberare. Quis vero, dixerit hic aliquis, arrhas dederit negotio consummato. Cui bono? Respondeo exemplum habes in desponsatis, qui perfectis sponsalibus, a quibus recede-

re

re non licet, ſibi arrhas communicant. *L. 3. C. de ſponſal. L. 16. C. de donat. ant. nupt.* Imo et Germaniae moribus herus famulum ancillamue conducturus, perfecto contractu, groſſum ei donat conductitium, quae arrhae ſpecies. Aliud dicendum de arrha poenitentiali dem, Reukauf de qua extat Deciſio d. a. 1746.

OBSERVATIO CCCXXX.

Specimen Iurisprudentiae legislatoriae.
De poenarum capitalium crudelitate et vanitate.
Stupra in foeminis non punienda.
Poena carceris et exilii reipublicae eſt damnoſa.

Nunc demum probo et amo, quam in Diſputatione: *Principis cura 1
leges* die 30. Aprilis 1765. publicare auſus ſum, philoſophiam,
poſtquam ſapientiſſimum BECCARIAM in libro *de Delictis et poenis* qui
anno 1766. germanice verſus eſt, eadem ſenſiſſe cognoui. Res eſt
maximi momenti, vnde prius noſtras cogitationes ex illa diſputatione
huc tranſſcribam, deinde Italici iſtius libri, qui in hoc noſtrae diſpu-
tationis caput, vberior quaſi quidem commentarius epitomen ſubii-
ciam:

Hoc potiſſimum princeps ciuibus et publicae ſaluti debet, vt 2
quae, fortuitas ob cauſas, quondam crudelius ſtatuere viſum, id ceſ-
ſante ſeueritatis cauſa et neceſſitate illa migrante, quantocyus fieri po-
teſt, emolliat, nec perpetuum eſſe ſinat, quod ratio temporaria, aut
ſuperſtitio aut fatua quaedam philoſophia peperit. Generatim vt di-
cam, neſcio, an gladium iracundius in ſceleratos vibrare, expediat? *)
Neque enim poenarum capitalium atrocitas, ſed potius radicitus exci- 3

*) Memorabilis SONNENFELSII Obſeruatio: Man hat Beyſpiele, daß die auf ein Laſter geſezte Todesſtrafe, ſelbſt der Bewegungstrieb zum Laſter geworden, und oft die Verzweifelung daſſelbe verübet, nur um eines Lebens loß zu werden, deſſen ſie überdrüßig war.

ſa a prima origine ſua peccandi occaſio homines a criminibus auocat. Nihil frequentius, quam in turba patibulum adſtante, furta committi eo ipſo tempore, quo fur laqueo necatur, eo ipſo inquam tempore, quo omnes ſtatutam furibus poenam, ſatis acerbam, oculis vident; quod non futurum erat, ſi vlla eſſet ſpectaculi huius aut poenarum reverentia. Putant nempe aut perſuadent ſibi ſaltim, illum cruci appenſum improuide egiſſe, et, quoniam vnusquisque pro ingenita ſuae dexteritatis opinione ſperat, ſe hoc melius ne quisquam reſciſcat, effecturum, legem et iudicem ſpernit. Sciunt enim: fures ſuſpendi non propterea, quod furati ſunt, ſed quod improuide nec ſatis caute egerunt. Illum ergo imprudentem rident, ſe autem callidiores carnificis laqueos facile eluſuros eſſe, confidunt. Nemo tamen ita philoſophatur, niſi deſparatae ſortis homuncio, vnde nullo, credite mihi, laqueo nec cruce opus, ſi habeant pauperiores vnde vitam ſuſtentare poſſint. Eſt enim prudentibus longo abhinc tempore ſatis exploratum, furtorum matrem egeſtatem eſſe. Victum ergo per agriculturam aut inſtitutas fabricas, ſi princeps, aut artibus honoratis et aucto commercio populo procuret, rari erunt, qui laquei periculum ſubire malint. Finito nuperrimo bello, quod omnem propemodum Germaniam vaſtauit, cum multa millia militum ſceleratiſſimorum, (nam a peſſimis ſe abdicare placuit) dimitterentur et toti exercitus domum reverti iuberentur, maximus omnes timor inuadebat, fore, vt latronibus et furibus omnia replerentur: At quis in his vicinisque regionibus vel minimum de latrociniis audiuit? Rariores hercle, quam olim, fures, quare? quoniam ſcilicet in depopulatis pagis dimiſſi ab exercitu milites ambabus manibus excipiebantur ab agricolis, quibus ſerui et operarii deerant. Cum ergo occaſio, etiam ſceleratiſſimis hominibus et praedae adſuetis, vitam ſuſtentandi ſe offerret, cur collum laqueo, tergum virgis exponerent? Sic illud veriſſimum claro exemplo probatum,
4 tum, fere neminem, niſi fame coactum, furari. Viſitationibus improuiſis, ſi cauponas, vias, ſiluas, eques immiſſus a ſceleratis ſaepius purget, plus, quam poenis effici, non ſubtili cogitatione, ſed rudi experientia didicimus, ex quo tempore mihi firmiter infixa ſententia haeſit: parum prodeſſe capitales poenas, ſed primam mali originem corrigi debere. Eleganter illuſtris VATTEL in ſuis ad WOLFIVM Obſeruationibus: *Le rigeur des peines n'eſt pas toujours le plus ſur moyen d'empecher*,

pecher, que le desordre et le crime ne fassent des progres. Souvent on y reussit mieux par des peines plus legeres, en y joignant beaucoup de vigilance et un soin tout particulier de veiller sur les moeurs des citoyen, et d'en ecarter tout ce, qui peut les conduire au crime. Vt enim medicus ferro secante et igne parum efficit, nisi acrimoniam in imis visceribus alte absconditam interne abigat et morbi causam tollat, ita nihil laqueum, nihil ensem, nihil culleum sine morum medicina valere autumo; contra autem absque omni poenarum terrore furta aliaque crimina facile minui posse, si sumtus nimios princeps coerceat, si dissolutos homines labori adsuescat, si victum procuret. Imperitus mihi ille vector, qui, si forte equum nactus fuerit retrogradum, non aliud remedium sciat, quam caedere et ferire. Nempe puerorum est, qui circumstant, hoc rude et inscitum acclamare: *Feri durius!* Tali consilio nihil facilius. At nihil proficiunt omnes plagae, etiamsi ad mortem caedas. Adest vero peritior, qui melius regere equos didicerit. Hic vbi leue velum obducere oculis aut alium equum praeduci iusserit, tunc sine omni poena placide et ad libitum caballus sic vitiosus procedet. Ita pariter in republica. In hac enim illud *Feri durius!* adeo displicet, vt, si crimen perduellionis, incendium, latrocinium excipias, nesciam, an vllum aliud delictum morte puniri conueniat? Plane huic imperito vectori similes illi in purpura et coloratis fasciis excellentissimi, quos ego *iuridicos Orbilios* appellare soleo, quia vt hi pueris, sic illi ciuibus crudelitate nocent, cum nihil ea efficiant aliud, quam vt a sapientibus rideantur, cunctis sint odio, et intelligentiae paruulae, minutulae signa certissima prodant. Ego quotiescunque in re dubia mitiorem poenam eligere licuit, eam vel
propterea rapui, quoniam ipse homo eiusque memor sum. Non pulsa 5
solio Russorum Imperatrix ELISABETA et CATHARINA II. quae nunquam gladio animaduerterunt, diuque Romanum stetit imperium, licet mortis poenas Quirites tam paucas haberent, vt nullas habuisse, videri possint; laudante LIVIO, vbi Mettii supplicium refert: *Auertere omnes*, inquit, *a tanta foeditate spectaculi oculos. Primum vltimumque illud supplicium apud Romanos, exempli parum memoris legum humanarum, fuit. In aliis gloriari licet, nulli genti mitiores placuisse poenas.* Adulterium mulcta et, cum seuerissime vellent, relegatione damnabant, incestum deportatione; de periurio autem et profanitate, si quis impia locutus esset, non aliud, nisi vt TACITVS refert, hoc edixerunt:

Deo-

Deorum iniurias diis curae esse. Nos in quadam ad Principem consultatione ita diximus: Bey allen übertriebenen Strafgesezen suchet ein jeder Richter und Urthelsprecher, der nicht von aller Menschlichkeit entfernet, so viel Winkel Mittel und Auswege, um den angeschuldigten zu helfen und die Härte des Gesezes zu umschiffen als nur möglich; daher nicht zu verwundern, daß alzuhart verpönte Fehltritte öfters noch weniger bestrafet werden, als solche, wo die Strafe dem Verbrechen nach Weisheit angemessen. Denn wenn die Strafe in keinem Verhältniß stehet, noch der Gesezgeber auf die Natur und menschliche Schwachheit Rücksicht nimmt, erfindet das Mitleiden mannigfaltig erzwungene Distinctionen. Wannenhero solche übertriebene Strafen gar nichts helfen, da vielmehr die Erfahrung an die Hand giebet, daß in der Lausiz und dem Hennebergischen nicht mehr Ehebrüche als in den Erblanden begangen werden, da wir gleichwohl Inhalts der Hennebergischen Landes Ordnung 8tes Buch 2ter Titel §. 1. den Ehebruch acht Tage lang mit Wasser und Brode zu strafen pflegen. Die Worte der Hennebergischen Landes Ordnung lauten also: **Mans oder Weibsperson, die ohne erhebliche redliche Ursache in stehender Ehe aus Mutwillen und Fürsaz mit andern Personen uneheliche fleischliche Werk treibt, soll das Brüchige 8 Tage lang mit Waßer und Brod im Gefängniß erhalten werden — Und so es zum andern male, 4 Wochen mit Waßer und Brod im Gefängniß erhalten und folgends an das Hals Eisen geschlagen auf den Pranger gestellet und aller seiner Ehren entsezet werden.** Non plures tamen in hoc comitatu adulteri quam in Electoratu licet ibi vinum bibatur. Nec solum in criminali verum etiam ciuili causa nimis durae leges ministrorum crudam sapientiam produnt. Obseruaui enim in hoc libro saepius, per rigorem nimium non aliud effici, quam vt id, quod illi illitterati Dracones quam maxime punire voluerunt, quam minime puniatur, cum miserationis affectus et iudicis humanitas rimas quaerat, per quas afflictus praeter ius et aequum, elabi possit.

6 Sunt etiam aliae duriores poenae, quas abolitas malim, ex male applicatis legibus Mosaicis adeoque ex superstitione ortae, quoniam olim omnes leges Iudaicae orbi vniuerso scriptae putabantur, cum tamen pleraeque tantum Iudaeis, impurissimae et praefracti cordis genti, quam durius habere par erat, sancitae fuerint. Itaque cum GRIBNER,

NER, BRVCKNER, aliique ſatis demonſtrauerint, nondum eſſe proditas iuris diuini vniuerſaliter poſitiui certas quasdam et indubitatas notas, ſed ſigna illa vniuerſalitatis ſaepius fallere, (vide ſupra Obſeru. XCIII.) ex eo tempore multas, quae olim morales credebantur, Moſaicas leges, nunc forenſes putamus. Ergo caueat ſibi princeps ne ſuae leges iudaizent.

DRACONIS praecepta fere ſanguine ſcripta eam ipſam ob cauſam, quod ſaeuiora eſſent et culpas minores morte multarent, aetatem non tulerunt, nec iis aliud ipſe meruit, niſi vt, qui capita tot ciuium ſuis ſanguinolentis tabulis necauerat, in theatro ab Aeginenſibus, quaſi aduentum ſuum gratulantibus, petaſorum coniectu opprimeretur. Digna crudeli legislatore gratulatio! SOLONIS contra diuturniores leges, quod placidiores. Ergo

— — — — adſit
Regula peccatis, quae poenas irroget aequas.
Nec ſcutica dignum horribili ſectere flagello.

Velim in legibus ferendis, ne medicina modum excedat, imbecillitatis 8
humanae rationem haberi et ſemper cauſas, quare olim rigidius animaduerſum ſit? inquiri. Alias enim nocent ſeueritate imperantes, cum prodeſſe ſtudent. Ergo ſi princeps animaduertat priſtino rigore, quem ſuperiora tempora certas ob cauſas forte exigebant, iam nihil amplius opus eſſe, peccat profecto et conſcientiam ſibi grauem efficit, ſi non quantocyus tollat legesque temporarias ſinat eſſe perpetuas. Quis,
praeterquam ſacrificulos, non applauſit, cum eccleſiaſticae cenſurae 9
in ſtupro abolerentur? qua quidem poenitentia in coetu publica non aliud efficiebatur, quam vt ignominiae vitandae cauſa, quaſi prae pudore, partum ſtupratae necarent. Sed quae remanſit in hoc delicto quatuordecim dierum non alternabilis poena, vtinam cum ipſa hac ignominia eccleſiaſtica migraſſet! Omnibus edictum regis Boruſſorum die 8. Februar. 1765. publicatum ſapientibus placuit: Damit endlich, haec verba regis ſunt, die in Unehren ſchwanger gewordene Weibsperſonen um ſo viel weniger Bedenken finden mögen, ihre Schwangerſchaft bekant werden zu laſſen, ſo ſollen, um ein größeres Uebel zu vermeiden, von nun an alle Huren Strafen, von welcher Gattung und Art ſie ſeyn mögen, abgeſchaffet ſeyn, und dergleichen Weibesleute ihres begangenen Fehltrits halber, zu

keiner Strafe ferner gezogen, auch ihnen nicht der geringste Vorwurf deshalb oder einige Schande gemachet werden. Certe hic naturalis pudor et matrum disciplina plus quam poena ciuilis, efficiunt. Nec vero ciuitas laeditur. Quomodo enim supplicio digna videri possit, quae rempublicam ciue locupletauit, aut cui bono poena, quae neminem emendat? Nempe desidiosae sedent in carcere, nec aliud in eo discunt, quam otio assuescere. Nescio, an recte rationes subduxerim, sed deliberato animo saepe mecum cogitaui: non debere principem peccata punire, quae ipse Deus et natura in continenti vindicat, sed ea tantum, quae naturaliter poena certa non insequitur. Nullum autem ex omnibus crimen noui, quod magis ipsa natura coerceat, quam stuprum. Non hic poena lento gradu venit, sed illico lasciuas omnium oculis ipsa graviditas exponit, praeterea partus dolor, ira parentum et familiae, alendi necessitas et ipsa paupertas absque omni ciuili poena satis premit,
10 quod in alio crimine ita non accidit. Has ergo miseras et per se infelices insuper carceribus includamus, carceribus inquam, qui non tam sontibus, quam iudici et conuicanis graues; carceribus inquam, qui desidiosos efficiunt homines et per illud tempus saltim, quo includuntur, reipublicae plane inutiles; quam ob caussam nescio profecto, anne ad praecauenda parricidia consultius videatur, hanc quoque poenam stupratis remittere. Quae contra stupri frequentiam Süsmilchius, theologus nempe, in libro Götliche Ordnung inscripto Tom. I. p. 457. disputat, nullius sunt momenti, quoniam omnia eius argumenta tantum meretrices in lupanaribus publice se prostituentes, non autem stupra personarum alias honeste viuentium attinet. Nec tamen repugno, si in hoc delicto masculi, apud quos plerumque maior culpa, grauius coerceantur. Nam horum sceleratis fraudibus etiam honestissimae foeminae, quarum animus aetate, consilio et ratione non ita, quam virorum, firmatus facile capi se et depravari patiuntur. Attamen alia velim quam carceris poena. Mulctentur soli tamen masculi centesima parte bonorum; adulteri decima, inter principem et magistratum diuidenda.

Neque enim in stupro tantum, sed generatim in omni delicto carceres contineant sceleratos, non puniant, vt sapientissime Romani in *L. 8. §. 9. ff. de poenis* iudicarunt, vbi VLPIANVS: *Solent praesides*

in

in carcere continendos damnare aut, vt in vinculis contineantur. Sed id facere eos non oportet. Carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet. Corrumpit carcer mores, non emendat; vinciuntur manus, quae laborare poterant; ſubtrahitur, ad tempus ſaltim, reipublicae operarius. Opportunum foret adiecto calculo demonſtrare, quantum quotannis reſpublica per carceris poenam operarum perdat, quantum laboris pereat, quid lucrari publico potuiſſent, qui in carcere per omnes prouincias poenae cauſa in vinculis detinentur. Immanis haec ſumma argenti. Sed hanc calculatoribus relinquo, qui id omne facile computauerint, ſi iis detur in omnibus iudiciis per ſingulos annos numerus captiuorum. De exilii hac inepta poena ita SONNENFELSIVS: Hat der Verwieſene kein Vermögen, ſo hat er nichts verlohren, und wo iſt alſo das abſchrekende Uebel? Hat er aber Vermögen, ſo lieget das Uebel nicht in der Verweiſung, ſondern dem Verluſte des Vermögens. Sie iſt auch dem Entzweke der künftigen Beſſerung ganz entgegen, geſezt aber, ſie könte zur Beßerung beytragen, ſo iſt der Nuzen nicht für den verweiſenden Staat, deſſen Bürger er zu ſeyn aufhöret, und der allemal ein Glied verlohren hat.

Vtcunque autem, quae non continent, ſed puniunt, vincula diſpliceant, multo tamen magis in caeteris leuioribus delictis Exilii, ſeu vt rectius dictam, Relegationis poena patriae exitioſa. Inuitare princeps homines debet in prouinciam, non abigere. Vnde ad triremes, ad opus publicum, ad metalla, ad alios leuiores labores rectius damnantur. Nec audio, ſi obiicias: publica ergaſtula tot ſceleratos non capere, eaque ſine immodicis impenſis exſtrui non poſſe, aut ſuſtineri. Nam ſi omnia recte et commode inſtituantur, haec, quae dixi, ergaſtula putauerim etiam lucroſa principi futura. Sunto autem ſumtuoſa, tamen illa adeo neceſſaria, vt ſi non ſufficiant quae habemus, plura condenda videantur. Anne nihil princeps ex officio? Putida autem membra aliquis dixerit, per relegationem ſano a corpore praecidenda eſſe, II

Ne pars ſincera trahatur.

Ita quidem medici, qui tamen, quod probe notes, nunquam amputant, nunquam ferro vtuntur nec igne, ſi deprauatos humores deriuare liceat in brachium, aut pedem, aut aliam corporis partem, vbi parum nocere poſſint. Quid vero opus publicum et ergaſtula aliud,

 quam

quam ſcelerati ſanguinis in aptum locum deriuatio. Proſcribatur ergo pernicioſa reipublicae proſcriptionis poena, quae caput e ciuitate tollit, et ipſa relegatio exulet. Iniqua enim, quia non corrigit, ſed deprauat. Nam ſi relegatus ope, amicis, pecunia orbatus ac fere nudus ſic aliam iubeatur prouinciam inire, quid quaeſo ei ſupereſt, quam vt primo ſtatim die, quaſi iudice ita iubente, ſe ſceleratis aſſociet, et ex leuiori fure iam latro et incendiarius fiat. Habet et aliud ſecum relegatio incommodum, quod in edicto quodam Boruſſico his verbis indicatur: Weil Wir eines Theils nicht gerne ſehen, daß unſere Unterthanen, welche ſonſt ein gutes Leben geführet, oder wobey noch Hofnung zur Beſſerung iſt, aus Unſern Landen verjaget werden, andern Theils auch bedenklich iſt, incorrigible Leute denen Benachbarten zuzuſchiken; als haben die Urthels Verfaſſer, an ſtat der Landes Verweiſung, etwa auf eine geſchärfte Arbeit, oder andere dem Delicto proportionirliche Strafe zu erkennen. Accedit haec quoque maxima incommoditas, vt, ſi in Luſatia hominem proprium relegemus, non ille, ſed dominus, nempe nobilis, puniatur, vtpote cui ſubditus ſubtrahitur; quam ob rem non ſemel animaduerti in litteris, quibus acta inquiſitionalia ad collegium iurisconſultorum mittuntur, Luſatiae iudices ſedulo rogaſſe, vt, quantum liceret, ab exilii poena in pronunciando abſtineremus. Adde quod Luſatiam multi Venedi inhabitant, qui propter ignorantiam germanicae Linguae extra patriam ne quidem commorari poſſunt.

12 Huc vſque locus ex illa noſtra publica diſputatione; nunc etiam Italum audiamus ex meliori luto a Titane formatum: Die Grauſamkeit der Strafen giebt Anlaß, daß man alles unternimt, ſich derſelben zu entziehen, und mehr Verbrechen begehet, um die Beſtrafung eines einzigen zu vermeiden. — — Nach eben der Maaſe wie die Strafen grauſamer werden, verhärten ſich auch die Seelen, indem ſie ſich mit der Grauſamkeit der Geſeze, ſo zu ſagen, in eine Gleichheit ſezen, und die allezeit lebhafte Macht der Leidenſchaften bringet es dahin, daß das Rad in einer Zeit von hundert Jahren keinen ſtärkern Eindruk macht, als ehedem das Gefängniß — — hingegen nach eben dem Maaſe, wie im geſelſchaftlichen Leben die Gemüthsart ſanfter wird, ſo nimt auch die Empfindlichkeit jedes einzeln Mitgliedes zu, und dieſe Zunahme machet es nothwendig, daß man die Schärfe der Strafen verringere, wenn man anders einerley Verhältniß zwiſchen dem Gegen-

ſtande

stande und der Empfindung zu erhalten befließen ist. — — Wenn nicht die Erfahrung aller Zeiten bewiese, daß die Todesstrafe entschlossenen Leuten niemals hinderlich gewesen, der Gesellschaft Schaden zu thun, wenn das Beyspiel der Römer, wenn die zwanzigjährige Regierung der Rußischen Kayserin Elisabeth, die denen Vätern der Völker ein Beyspiel gegeben, (welches rühmlicher ist, als alle glänzende Eroberungen,) wenn dieses alles; sage ich, die Menschen, welchen die Sprache der Vernunft immer verdächtig ist, und die sich vielmehr durch das Ansehen hinreißen lassen, nicht überzeugen könte,
so würde es genug seyn, die menschliche Natur zu Rathe zu ziehen. Nicht 13
die Heftigkeit der Strafe wirket am stärksten auf das menschliche Gemüthe, sondern die Dauer. Das Schreken, welches die Vorstellung des Todes verursachet, mag immerhin stark seyn, es kann dennoch der natürlichen Vergessenheit des Menschen, auch nicht einmal in denen wichtigsten Dingen, und besonders wenn diese Vergessenheit durch Leidenschaften unterstüzet wird, Widerstand thun. Algemeine Regel. Heftige Eindrüke überraschen und rühren, aber ihre Wirkung dauret nicht lange. Darum ist Verlust der Freyheit, da ein Mensch in einem Zuchthause oder Festungsbaue gleichsam ein dienstbares Thier wird, der Todesstrafe vorzuziehen.

Wer hat die harten Geseze gegeben? Reiche und Mächtige, die nie- 14
mals einen Fuß in die Hütte des Armen gesezet, niemals gesehen haben, wie er ein Stük verschimmeltes Brod unter seine hungrige Kinder austheilet. — — Es komt mir ungereimt vor, daß die Geseze, welche doch nichts anders sind, als eine Bekantmachung des Willens aller Mitglieder eines Staates, welcher den Todschlag verabscheuet und strafet, selbst einen Todschlag begehen, und einen öffentlichen Mord anbefehlen, um die Bürger
vom Tode abzuschreken. — — Fast alle Völker haben Menschen denen 15
Göttern geopfert, bis daß vieleicht ein einziger Weiser zum Erstaunen des dummen Pöbels, zuerst die Thorheit mit Lebensgefahr vorzutragen, sich er-
kühnte. — — Die Samlung der peinlichen Geseze hat mit allen Fehlern, 16
womit sie angefüllet ist, das Alterthum und die Posaune einer ungeheuren Menge nur ins Grobe denkender Rechtsgelehrten, Zeithero noch erhalten, vor allen aber der nichts bedeutende Beyfal derer Halbgelehrten, dieses schmeichelnden und kriechenden Geschlechtes. — —

Wenn man denjenigen, so einen Hirsch oder Phasan tödet, oder eine 17
Art von unordentlicher Vermischung begangen, einerley Strafe mit demjeni-

 gen

gen zuerkennet, der auf der Straße einen Menſchen Raubens halber getödet, ſo werden die Bürger zwiſchen dieſen Verbrechen, zwiſchen dem wahren und falſchen, dem kleinen und größern in kurzer Zeit keinen Unterſcheid weiter machen. — — Alle übertriebene Geſeze haben keine Dauer. Sie ſind ein immerwährendes Andenken; ich wil nicht ſagen der Grauſamkeit, ſondern der Dumheit eines Geſezgebers oder vielmehr ſeiner Räthe. Harte Gemüther ſind eben ſo ſchlechte Richter, als ſie vortrefliche Henker abgeben würden, wenn ſie in dieſem Stande gebohren wären. — — Der Gegenſtand meiner Arbeit iſt, daß man aus einem Staate kein Gefängniß machen müſſe. — — Hurerey und Ehebruch entſtehen aus dem Misbrauche eines immerwährenden Bedürfniſſes, das der menſchlichen Natur algemein iſt, eines Bedürfniſſes, das ehe war, als die Geſelſchaft, wozu es ſogar den Grund
18 geleget hat. — — Es giebt eine gewiſſe Art der Sittenlehrer, ſo auf die Wirkungen ſchmälet, und denen Urſachen vergiebet, eine gewiſſe Tyranney, die alle Laſter vergrößert, welche ſich nicht mit dem Mantel der Tugend und dem Namen der Gottesfurcht bedeken laſſen. — — Man kan keine Strafe gerecht, oder, welches einerley iſt, nothwendig nennen, ſo lange das Geſeze nicht um demſelben vorzubeugen, alle Mühe vorher angewendet. Huc vſque liber de Delictis et poenis italice ſcriptus, nunc autem in omnes fere linguas transfuſus, cuius auctorem nouimus eſſe Marchionem DE BECCARIA, Mediolanum: qui excuſſo ſuperſtitionis et praeconceptarum opinionum, tam ſuaui caeteris, iugo, in hac materia primus inter ſuos ſapere auſus eſt. Nos inferius Obſ. DXIX. de legislatoria iurisprudentia ex profeſſo agemus. In praeſenti enim nihil niſi haec paucula addimus: ſtulti ſunt legislatores, ſtulti philoſophi, qui imbecillitatis humanae non rationem habent et hominem alium facere cupiunt, quam deus creauit, et transformare in ſilicem, ſpiritum, deum, aut ſaluis teſticulis eunuchum, aut ſine pennis volucrem. Stulti, qui exigunt, vt ſenſus eiurentur, qui cogunt vt ciues ſemet ipſos deferant, quod contra naturam eſt, qui impoſſibiles leges ferunt (*Obſ. CCCCXXXIX. n. DV. n.* et vt atra ament ciues alba oderint iubent, qui vt ad fidem cogant aut etiam ad media fidei ſuae curae ciuium ſalutem aeternam commiſſam putant aut diuina miſcendo humanis in republica gerenda augures et haruſpices conſulant, qui libertati ciuium vbi cauſa non eſt, frena iniiciunt, (*Obſ. DXIX. n. 9. CCCLX.*) qui turpitudines a delicto non diſtingunt (*Obſ. CCCCXLI.*)

et

et peccatillum grauius puniunt ſcelere, ſciat ſe puerum eſſe in legislatione princeps aut principis miniſter, ſi putet poenarum duritie ſe mederi malis poſſe. Habent leges durae praeter ridendi materiam etiam hoc in ſe incommodum, vt ſtatim atque emanarunt, perforentur et ipſe princeps qui ſcripſit, cum ad poenae crudelis executionem perueniatur, tanquam Phryx ſero ſapiat et aggratiandi neceſſitatem agnoſcat, vt ſic tales leges vix natae moriantur. Sed et dicaſteria horrent et emolliunt ne cum furioſis furere videantur. Ita iubeo leges ſcribi, vt ciues eas ſponte ament, volentes retineant, magni faciant. Sed quomodo iniuſtas ament aut ridiculas venerentur? Sic poenas aequas et mites praefero immanibus, ne animi abalienentur et indureſcant corda ciuium, quod eheu per noſtras leges iam eueniſſe, obſeruatum eſt. Sane plus apud Romanos cenſores efficiebant, ſi equum adimerent, aut ſenatu mouerent aut minuerent cenſum, aut in Ceritum tabulas redigerent, quam ſi gladio minantur hodie et virgis ſanguinolentis noſtrae leges. Indignamur ſi aliquam videmus inepte trucidari et deteſtamur crudelem ſine cerebro, ſine vlla hominis cognitione et rerum notitia legifabrum. Caueant praeterea principes ne leges ſuae inuidiam ſpirent, ne nobilibus permittant quod interdicunt ruſticis, ne inferiores odiſſe videantur, ſed aequalitatem ſeruent et praeter modum ordines non diſtinguant. Vt vno verbo dicam Romanos noſter legislator imitetur, non quales cadente imperio, ſed quales antea fuerunt.

OBSERVATIO CCCXXXI.

Steuergeld *non illud eſt, quod in Steura accipitur, ſed quod ſecundum normam, quam pedem Lipſienſem vocant, excuſa eſt.*

Hoc comprobant rationes a Suprema Curia Prouinciali latae menſe Decembr. 1766. quas adſcribimus: Dieweil, wenn man von dem allergnädigſten am 14ten May 1763. ergangenen Münz Edicte, worinnen der Conventionsfuß eingeführet, zurüke gehet, wegen der Münze kein neueres Geſeze in hieſigen Landen, als das zu Warſchau am 9ten Julii 1732. gege- 1

gegebene, befindlich; also dieses in gegenwärtigem Falle und bey einem vor dem eingeführten conventionsmäßigem Münzfuße geschlossenen Handel lediglich zur Richtschnur angenommen werden muß, und aber in dessen 6ten Spho, daß Steuergeld nur solches zu nennen sey, welches nach dem Leipziger Fuße ausgepräget worden, verordnet, mithin wenn auch gleich ein Landesherr etwa eine geringhaltigere Scheidemünze schlagen, und solche in öffentlichen Cassen annehmen lässet, hierdurch ein algemeines Geseze für abgeändert nicht zu achten, immasen die höchste Landesobrigkeit durch das, was sie ipso facto gethan, zwar denen öffentlichen Cassen, nicht aber privat-Personen, welche sich bloß nach denen Gesezen zu richten haben, Eintrag thut, wannenhero nicht folget, daß weil 1750. geringhaltigere Groschen, so neuerlich auf 10. Pf. abgewürdert, geschlagen, und solche nebst denen alten bey Abentrichtung derer Abgaben im gleichen Werthe angenommen worden, deswegen eine dergleichen schlechter ausgeprägte Scheidemünze im eigentlichen Verstande Steuergeld zu nennen sey, weil man auch höchstgeringhaltige Achtgroschenstüken, so niemand für Steuergeld erkennen wird, zur Zeit des Krieges in öffentlichen
2 Cassen unweigerlich angenommen; Anbey wenn auch schon diese auf 10. Pf. heruntergesezte Groschen, wie doch aus nur gedachten Ursachen keinesweges zugestanden werden kan, für Steuergroschen zu halten wären, dennoch in gegenwärtigem Falle Appellat, als Käufer, nicht Steuergroschen schlechthin, sondern gute Steuergroschen zu zahlen sich anheischig gemachet, welches Beywort nicht für vergeblich anzusehen, sondern nothwendig seinen besondern Sin und Bedeutung haben muß, woraus folget, daß weil im 1760. Jahre, da der Kauf geschlossen worden, nur zweyerley Steuergroschen gangbar gewesen, nehmlich die alten, so nach dem Leipziger Fuße ausgepräget, und zum andern die geringhaltigen, welche, wie gedacht, neuerlich auf 10. Pf., herabgesezet worden, unter guten Steuergroschen nothwendig erstere zu verstehen; wannenhero, da solche Auslegung nicht zweifelhaft, die Regel: daß in zwei-
3 felhaften Fällen die Auslegung zu des Käufers Vortheil und wider den Verkäufer zu machen sey, nicht Plaz findet, also was die zukünftigen Termine betrift, es wiederum auf das erstere in der Juristen Facultät zu Leipzig gesprochene Urthel gesezt werden müssen; So ist ꝛc. Dissentit WERNHER *Tom. 3. pag. 56. Obs. 60.*

OBSERVATIO CCCXXXII.

Ob cimices conductum conclaue deſeri poteſt. Famulis aegrotantibus victus et merces debetur.

Si re conducta vti non poſſis, vt, ſi vicinus lumina obſcuret, deſeres locationem. *L. 25. §. 2. ff. locat.* Item ſi tabulata cimicibus plena, qui nocte te infeſtent, tuamque ſuppellectilem impraegnent. Nam ſi ſpectra iuſtam diſcedendi cauſam praebere viſa ſunt, nonne et cimices, quos plerisque magis, quam infernales illas quae atauorum aetate regnabant, laruas metuunt. Debuiſſet igitur in tali bonae fidei contractu locator latens hoc rei locatae vitium indicare. Porro ſi peſtilentialia prata deſerere conductori licet, cur non parietes cimicum familia viuas? 1

Cum itaque ob interceptum rei conductae vſum nondum finito tempore contractus diſſoluatur, videri poterat, ſi morbo ancilla famulusue inutiles fiant, eos illico expellendi hero poteſtatem eſſe. Nego tamen hoc, quoniam a rerum ad operarum locationem non vbique argumentum commode procedit. Abhorret ab adeo dira ſententia ipſa humanitas. Sane liberto inopi ſi denegauerit alimenta patronus, excidebat iure patronatus. *L. 5. §. 1. ff. de iure patron.* Immo ipſe ſeruus ſine manumiſſione ad libertatem perueniebat, quem pro derelicto dominus ob grauem infirmitatem habuiſſet. *L. 2. ff. qui ſine manumiſſ. ad libert. peruen.* Ita ethnici. Sed apud nos nuper pietate ſua admodum clarus in villa quadam ſacerdos chriſtianus, cum famulus mercedem peteret, hanc denegabat, quod fere per omne tempus hero ob morbum fortuitum inutilis fuiſſet. Cum autem ipſe ſacerdos forte fortuna ſex menſes circiter antea aegrotaſſet, ſcite et eleganter famuli aduocatus eum ad capitulum *1. X. de clerico aegrot.* adducebat, quod clerico aduerſa valetudine impedito omnes beneficii fructus attribuit, ſed et illud Chriſti ipſi occinebat: quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris, quo cum praetoris edictum conuenit, vt, quod quisque de ſe iuris ſtatuit, ipſe eodem vtatur. Mihi morbi infortunium non proprium ſerui ſed commune eſſe videtur vt ſimul et locatoris fatalitas dici

2 (right margin, beside line "Cum itaque ob interceptum…")
3 (right margin, beside line "ad libert. peruen.…")

possit. Adde *L. 4. §. 5. ff. de. stat. lib.* vbi Paulus hoc modo philosophatur; *Stichus si heredi meo anno seruierit liber esto: et si quibusdam diebus valetudo impedimento fuerit, quo minus seruiat, et hi anno imputandi sunt. Seruire enim nobis intelliguntur etiam hi, quos curamus aegros, qui cupientes seruire, propter aduersam valetudinem impediuntur.* At medicamentorum ad expensas officio humanitatis imperfecto herus adstringitur, nequaquam ciuili.

OBSERVATIO CCCXXXIII.

Witben Pelz. *Viduae illata repetenti vestes tamen lugubres debentur.*

1 Id non solum in Saxonia, sed more Germaniae vniuersali introductum, vt non viduae solum, sed eius familiae quoque, nempe ancillae, famulo, si hoc leges sumtuariae non prohibeant, immo filiae viduae naturali vestes lugubres, völlige Trauer debeantur, etiamsi illata repetat NETTELBLADT *de vidua nobil. Mecklenburg. §. 24.* adeo vt etiam vidua, pretium non acceptarum vestium lugubrium, petere possit in concursu creditorum post mortem mariti coortum. CARPZ. *P. I.*
2 *Constit. 28. defin. 41.* Neque tamen hic iura sunt reciproca, siquidem maritus simile petere nequit. De vestibus lugubribus liberorum ex massa hereditatis communi depromendis, vide infra *Obs. CCCCXXXVIII. s. v.* Trauerkleider.

OBSERVATIO CCCXXXIV.

Exoneratio Conscientiae in caussis minutis non obtinet.

Etenim Ordinatio Proc. Sax. tit. 19. eam tantum admittit in Probatione, vt obueniens illic verbum Beweis satis denotat, vnde, etiamsi in continenti documenta et testes producantur, tamen iusiurandum ei a quo petitur delatum, praestandum est.

OBSERVATIO CCCXXXV.

Tutori transigere et compromittere licet.

Tutor super processu transigens non opus habet decreto, si tamen tale vltro petat non iudex processus sed iudex domicilii aut rei sitae dabit.

Tutoris transactio, qua res minorum mobiles, si tamen seruando seruari possint, alienat, nulla est sine decreto magistratus, si scilicet, vt iam diximus, bona haec mobilia tali transactione manu sua dimittat et sic alienat. *L. 22. C. de administrat. tut.* nec locum habet vlla restitutio in integrum. 1 Contra vero, si immobiles transactione tutores seruauerint et aduersarium data pecunia placauerint, etiam sine decreto valebit transactio, nec nulla dici potest, salua tamen restitutione in integrum. 2 *L. 54. §. 5. L. 56. §. 4. ff. de furt.* Nec obstat *L. 46. §. vlt. ff. de administr. et L. 22. C. de pact.* quoniam, ne liceat transigere tutoribus hae leges non perhibent, sed tantum laesis restitutionem permittunt, BERGER *Oecon. Iur. lib. 4. tit. 34. thes. 2. princip.* GAIL. *lib. 2. Obs. 72.* quam ego restitutionem in integrum vix vnquam concedo, et vbi conceditur inanis fere est, propter difficultatem probandae laesionis. Nempe facilius aliquid remittitur, quam alienatur. Remissio quidem certi iuris donatio est, incerti iuris non aeque. *Vide supra Obs. XI.*

3 Certe si velimus ob transactiones initas tutoribus negotium facessere, illi, vt periculum euitent, omnes etiam iniustissimas pupilli petitiones cum summo patrimonii dispendio ad extremum perducent, vt sic prohibitio transactionis damnum pupillis ingens pariat. Contra vero salutari transactione lucrari possunt pupilli, nihil amittere, quoniam semper iis restitutio salua. Nonne in tribunalibus fieri quotidie videmus vt tutores siue agant siue excipiant super lite in die amicabilis compositionis transigant? Tunc nullo decreto opus.

4 Erit autem tutor transigens vel compromittens eo magis securus, quo difficilior est probatio laesionis, per transactionem incerti iuris enatae.

tae. Quomodo quaeso pupillus hanc demonstrauerit? Caeterum quod supra dixi: Non ita tutori transigere licere, vt rem immobilem sine magistratus decreto dimittat, exceptionem patitur, in iurisiurandi delatione, qua tutores etiam in lite super fundo pupillari quotidie videmus vti non impetrato iudicis decreto. Nonne vero iurisiurandi de-
5 latio transactionibus annumeratur? Si igitur transactiones permissae, etiam in arbitrum compromittere tutori licebit, quia compromissum transactionis species.

OBSERVATIO CCCXXXVI.

Socii tabernae etiam vltra sortem societati illatam, creditoribus tenentur in solidum.

Si tamen non societatis nomine sed suo proprio contraxerint, alter socius haud tenetur.

1 Callidus mercator, sed iam obaeratus, adolescentem diuitem sub spe maximi lucri in societatem allexerat, vt decem millia imperialium negotiationi inferret. Haec societas conturbabatur. Consulebat ille diues, an vltra sortem suam decem mille thalerorum creditoribus societatis satisfacere et soluere debita ex propriis bonis teneretur? Respondi: teneri, quoniam quantam quisque partem lucri et damni habeat, quantumque intulerit societati, iure ignorat extraneus, si quidem quod inter socios actum est, nihil praeiudicare aut obesse potest tertio. Tametsi enim facile pateat, diuitem illum adolescentem fraude illaqueatum et dolo malo deceptum esse, promta tamen et facilis ad haec responsio; Creditores in dolo non fuisse. Nec lamentationes audio, hac ratione sibi maximum damnum inferri. Debuit enim esse gnarus ho-
2 minis, cum quo societatem iniit. Cur sibi non melius prospexit? Nescio an admittenda sit exceptio in vniuersitatibus, vbi inter conciues talis nexus non est, qualis inter socios, vt quod ciuitas debet, videri possit a ciuibus non deberi. In hanc sententiam Mense Ianuario 1767. respondimus:

Hat

Hat Sigismund dem Handwerke derer Wollen Zeug- und Raschma- 3
cher, zu einer Montur-Lieferung, welche dieses Handwerk unternommen
tausend Thaler gegen einen Wechselbrief dargeliehen, so folgendergestalt unterschrieben worden: Das Handwerk der Zeug und Raschmacher, Johann; Gotfried; George; Johann ꝛc. allerseits Ober- und Handwerksmeister, in welcher Urkunde alle für einen und einer für alle im Nahmen des Handwerks gelobet an Sigismunden die obgedachte Summe auf Ostern 1756. zu bezahlen, weil aber das Handwerk immer um Nachsicht gebethen und der Wechsel mitlerweile verjährt, so hat sogar neuerlich dasselbe dem Gläubiger zu wissen gethan: wo er nicht einen Erlaß thun und 66. für hundert nehmen würde, die Zunft sich nach dem Banqueroutirer Mandate anzugeben sich genöthiget sähe, weil ihre gemeinschaftlichen Güther zu einen mehrern nicht hinreicheten, wannenhero: Ob das Handwerk der Raschmacher Sigismunden zu Annehmung eines Accords nöthigen könne, oder ob nicht vielmehr sämtliche noch lebende Meister einer für alle und alle für einen aus ihrem eigenen Vermögen die Schuld zu bezahlen verbunden? zu wissen begehrt wird.

Ob nun wohl einiger Rechtsgelehrten Meynung nach, auch unter 4
Handlungs Genoßen, die rechtliche Wohlthat der Theilung und Vorausklage stat findet,

WERNHER *P. 4. Obs. 16.*

und zu dessen Behuf *L. 82. D. pro socio* folgenden Inhalts angeführet wird: Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sint, also es das Ansehen gewinnen könnte, als ob das Handwerk hier als ein Ganzes dergestalt betrachtet werden müsse, daß deren Mitglieder für ihre eigene Person in keiner Verbindlichkeit stünden, sondern nur die gemeinen Güther des Handwerks zur Bezahlung von dem Gläubiger angegriffen werden könten, und solches sich einigermasen aus denen Gesezen:

§. 8. Instit. de societ. L. 65. §. 1. ff. pro socio. 5

schliesen liese, alwo daß so bald einer von der Gesellschaft bonis cediret, sich die Gesellschaft zerschlage, zu ersehen ist; übrigens auch eine Gemeinde beneficium cessionis bonorum sowohl als Competentiae genieset, BERGER

 Oec.

Oec. Iur. lib. 4. tit. 29. th. 5. et in Elect. Disc. For. P. I. Suppl. tit. 30. p. 377. RIVINUS *tit. 41. Enunc. 20.* auch nichts zur Sache beyzutragen scheinet, daß die Meister sich Man für Man unterschrieben, weil solches nur im Nahmen des Handwerks, wie die ausdrückliche Unterschrift lautet, geschehen, folglich es alzu hart scheinen dürfte, wenn man die Obliegenheit sothane Schuld zu tilgen, auf die unterschriebenen Personen und deren Vermögen erstrecken wolte, sintemalen nach klarem Ausspruche *Legis 7. §. 1. D. quod cuiuscunque vniu. nom.* quod vniuersitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet vniuersitas, singuli debent, dessen Billigkeit CARPZOV *P. 2. Const. 6. def. 24.* weitläuftiger ausgeführet, wozu noch kommet, daß ob eine Gemeinde, als eine bloße moralische Person einen Wechsel ausstellen könne? gezweifelt werden dürfte, und wenn man schon auf die Unterschrift der einzeln Mitglieder sehen wolle, doch satsam bekant, daß die bloßen Worte: alle für einen und einer für alle, wo nicht die Aussteller der Handschrift zugleich der rechtlichen Wohlthat der Theilung ausdrücklich sich begeben, nicht die Wirkung haben, daß einer allein das Ganze bezahlen müsse,

Nouell. 99. BERGER *P. I. Resp. 277. num. 5.*

obwohl sonst in Wechseln, so mehrere ausgestellet, dem Gläubiger freysteht, und einen jeglichen Schuldner auf die ganze Forderung zu belangen, nichts destoweniger dieses alhier wegzufallen scheint, weil der Wechsel verjähret, und dadurch in eine schlechte Schuld Verschreibung verwandelt worden ist.

6 **Dennoch aber und dieweil** die Meister des Handwerkes Gewinstes willen zusammen in eine Handlungs Geselschaft getreten, und sogar diejenigen Rechtsgelehrten, welche nach ihrer besondern Meynung, auch sonst denen Sociis das beneficium diuisionis zugestehen, doch bey Kauf und Handlungs Geselschaften eine Ausnahme machen, und daß wenn man in eine Maskopey Geld hergeliehen, auch dasjenige Mitglied der Geselschaft, so nur einen gewissen Antheil von Gewinnste gehabt, wenn die Handlung verunglücket, aus eigenen Vermögen die Schulden bezahlen müsse, behaupten, immasen sogar der obangezogene WERNHER hierinnen nicht auf einerley Meynung bleibet, sondern *P. 3. Obs. 79.* seinen in obigen Zweifels Gründen angezogenem Vorgeben selbst widerspricht, übrigens fast die meisten und bewährtesten

MENKE *Pand. lib. 18. tit. 2. §. 19.* BERLICH *P. 2. Conclus.* 7
24. num. 45. CARPZOV *P. 2. Const. 17. defin. 12.*

daß ein einziger Handlungs Genoße die ganze Summe aus seinem eigenen Vermögen bezahlen müsse und sich der Schuld durch Abtretung seines in die Handlung erlegten Antheils nicht entbrechen möge, vorlängstens dargethan, sintemalen die Ausrechnung des Gewinstes und Verlustes zwar die Handlungs Genoßen unter sich gelten lassen müssen, solche innerliche Einrichtung aber einer dritten Person, so dergleichen Umstände nicht wissen kan noch darf, (sintemalen die Unwissenheit fremder Thaten niemanden schadet) keinesweges etwas angehet, und nicht zu glauben, daß auch im gegenwärtigen Falle Sigismund auf die gemeinen Güther des Handwerkes und ihre Grundstücken gesehen haben werde, vielmehr solcher auf die guten Vermögensumstände einzelner Mitglieder sein Augenmerk gerichtet, wie denn Handlungsgenossen, da 8
sie in den Rechten Brüder genennet werden,

L. 63. D. pro socio HEINECCII *Pandect. lib. 17. tit. 2. §. 240.*

auch in Ansehung fremder Personen gleichsam für einen Man zu betrachten stehen, immasen einem Gläubiger nicht zuzumuthen, daß, wenn er in eine Handlung Geld leihet, er sich darum, wie viel ein jeder Theilhaber darein erleget, bekümmern solle

L. 1. §. fin. L. 2. L. 3. D. de exercit. act. L. 44. §. 1. de aedil. edict.

welche Geseze wie dasjenige, so etwa sonst zwar Rechtens wäre, bey Handel und Wandel öftern Abfall leide, deutlich genug bewähren, und die von dem Handwerke dagegen angezogene und in obigen Zweifelsgründen erwehnte, *L.* 9
82. D. pro socio gar nicht anhero gehörig, sintemalen solche von dem Falle handelt, wenn ein Gesellschafter für sich allein einige Schulden gemachet, nicht aber, wenn die Handlung in algemeinen Nahmen aller Mitglieder, woraus eine Gesellschaft eigentlich bestehet, Geld geborget hat, übrigens nichts neues, daß die Schuld einer Gemeinde diejenigen aus eigenen Vermögen be- 10
zahlen müssen, welche die Handschrift unterschrieben;

L. 27. D. de reb. cred.

hiernechst keinesweges gesaget werden mag, daß die Worte des Wechsels: **Im Nahmen des Handwerks** vergeblich gesezet seyn könnten, sondern

eine

eine Bedeutung haben müßten, weil dawider also fort zu ergangen: daß ebenermasen die Worte: Einer für alle und alle für einen, nicht umsonst da
11 stünden. Anbey, wenn schon in einem gewissen Verstande wahr ist, daß einzelne Bürger die Schulden der Stadt zu tilgen so schlechterdings nicht gehalten, sich gleich wohl von einer Stadt oder Gemeinde auf Handlungs Genossen kein Schluß ableiten läßet, weil die Bürger unter sich in keiner so genauen Verbindung, als die Handlungs Genossen, bey einer eingegangenen Maskopey sich befinden; auch das Geld, so der Gemeinde zuständig, nicht unter einzelnen Bürgern ausgetheilet wird, wie gleichwohl in einer Handlungs Gesellschaft geschiehet, wo der Vortheil einzelnen Mitgliedern zu gute kommt, wannenhero *L. 7. §. 1. D. quod cuiuscunque vniuers. nom.* nicht zur Regel anzunehmen, sondern vielmehr als eine Ausnahme, so die Regel mehr bekräftiget, zu betrachten, nicht zu gedenken, daß ohne Absicht auf dieses Gesetze verschiedene, daß auch die Bürger die Stadtschulden aus eignen Vermögen tilgen müssen, zu erweisen sich getrauen, übrigens bey verjährten Wechseln nur die Schärfe des persönlichen Arrestes wegfället, hingegen alle übrige Wirkungen des Wechsel Rechts nichts destoweniger unverletzet und in Sicher-
12 heit verbleiben, *(vide supra Obs. XCI.)* So mögen die Mitglieder des Handwerkes Sigismunden zu Annehmung eines Accords nicht nöthigen, vielmehr sind sämtliche noch lebende Mitglieder, einer für alle und alle für einen, die ganzen tausend Thaler, wenn Sigismund den Zahlenden sein Recht wider die übrigen Mitschuldigen abtrit, zu entrichten verbunden. Adde Promtuarium Iuris s. v. Socius.

13 Si vero soluta fuerit societas et creditoribus haec dissolutio significata, facile patet, creditorem, qui alterutrum solum pro debitore agnouerit, hoc postea conturbante, non posse ob debita ante contracta alterum debitorem adigere, quoniam nouatio per delegationem facta est, imo et nuda assignatio tunc vim delegationis habet.

14 Neque aliter tamen socius pro socio tenetur, quam si alteruter societatis nomine contraxerit. Nam si suo proprio nomine quid emerit aut pecuniam mutuatus sit, alter socius liberatur, vt pronunciauit curia Suprema Lipsiensis Termino luciae 1749. in causa Behrend Marcus contra Gaedeken additis his rationibus: Dieweil eine solche, durch jemand anders ohne unsern Vorbewust, uns zugezogene Obliegenheit etwas hartes, solchemnach wenigstens hierbey für schlechterdings nöthig geachtet wird,

daß

daß der mit einem dritten contrahirende Gesellschafter nicht in seinem eignen, sondern im Nahmen der Compagnie den Handel geschlossen haben müsse

arg. L. 67. §. 1. L. 74. et L. 82. D. pro Soc.

indem kein Verboth vorhanden, daß nicht auch bey einer unter verschiedenen Personen errichteten Moskopey einer von denen Gesellschaftern etwas für sich allein einkaufen oder in seinem eignen Nahmen Geld borgen oder andere besondere Contracte schliesen könne, als welches täglich zu geschehen pfleget, da denn so oft einer dieser Handlungs Genossen, ohne der Geselschaft Meldung zu thun, etwas von seinen Hausrathe verkaufet, einmiethet oder sonst etwas schlieset, daß er es für sich und nicht für die Compagnie behandelt habe, vermuthet wird

L. 4. ff. de Solut. L. 126. §. 2. in fin. ff. de verb. oblig.

STRYK de Caut. Contract. sect. 2. c. 10. §. 11.

MÜLLER ad Struu. Exerc. 22. th. 44. lit. α.

und nichts neues, daß ein Kaufmann, der viele Handlungen zugleich treibet und in Ansehung der Auswärtigen andere Geselschafter, in Ansehung der einheimischen Handlung aber wieder andere Mitgenossen hat, da denn sich leicht erachten läßet, daß wenn ein solcher, der mit mehrern in Gesellschaft stehet, mit einem dritten contrahiret, er schlechterdings: ob er in Ansehung der Auswärtigen oder der Einheimischen Geselschaft den Handel schlüße, sich erklären müße, und wenn er dieses nicht thut, daß er nur für seine eigne Person den Handel getroffen habe, nothwendig zu präsumiren, weil es wundersam herauskommen würde, wenn im gegenwärtigen Falle, da Beklagtens Compagnon der von Klägern Pferde gekaufet, etwa noch in Pommern, Pohlen oder Hanover mit andern Pferdehändlern in besonderen Gesellschaften gestanden haben solte, daß man auch die übrigen zu andern Zeiten wegen der Pferde entrichteten besondern Geselschaften, zu Klägers Bezahlung anhalten wolte, mithin Kläger, was für eine Geselschaft sich ihm eigentlich verbindlich mache, schlechterdings wissen müssen.

Nam Socius societatis nomine non contrahens obligat et obligatur solus. Non ergo tertio nascitur in reliquos socios ius, nisi socius contrahens cum tertio in contractu scribat: Ego pro me et sociis meis aut etiam: societatis nomine, immo si plures inierit societates etiam

ſcribat: ſocietatis Berolinenſis, Lipſienſis aut Londinenſis nomine. Vbi etiam in libello exprimi debet, quonam in loco contractus fuerit initus, quoniam leges de contractu vnius ſocii cum tertia perſona inito fere in ſingulis prouinciis variant. Adde iura ſemper debere eſſe reciproca, ſique dubitari poteſt, an ſocius contra tertium, cum quo non contraxit, habeat actionem, nec tertio talis danda ſit, niſi nomine ſocietatis obligatio fuerit inita.

OBSERVATIO CCCXXXVII.

Ciues noui an teneantur ſoluere debita ab anteceſſoribus contracta?

Si quis recedit ab vniuerſitate deſinit aliquid ad ſoluenda debita contribuere.

1 Vniuerſitas non moritur nec vnquam migrat nec membris mutatis ipſa mutatur vt ALFENVS *ait. in L. 76. ff. de iud.* Vnde etiam ex debito vniuerſitatis veteri, ſiue per contractum ſiue delictum ab anteceſſoribus contracto, noua ciuitas recte conuenitur. Idem dicendum de opificum aliisque collegiis. Contra ſi quis migrauerit aut receſſerit ex communitate, nihil amplius ſoluit, ſi non ipſe forſitan ſuo nomine debitum contraxerit. Ecce reſponſi ſuperioris continuationem.
2 Sind verſchiedene von denen Meiſtern des Raſchmacher Handwerks, ſo den Wechſelbrief damals unterſchrieben, nachhero mit Tode abgegangen, deren Erben zum Theil dem Handwerke nicht mehr beygethan, wannenhero: **Ob die Erben derer verſtorbenen Meiſter, ſie mögen das Handwerk ſelbſt annoch treiben oder nicht, die Schuld, und zwar einer für alle und alle für einen zu bezahlen ſchuldig? die Frage entſtehet.**

Ob nun wohl eine Gemeinde, Stadt oder Zunft niemals ausſtirbet, ſondern wenn auch alle Mitglieder Todes verfahren, es dennoch vorige Gemeinde bleibet; Nam non modo ſi vnus aut alter, ſed ſi omnes iudices mutati eſſent, Alfenus reſpondit in *L. 76. D. de iudic.* iudicium idem,

quod

quod antea fuiſſet, permanere, et legionem eandem haberi, ex qua multi deceſſiſſent, quorum in locum alii ſublecti eſſent; et populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuiſſet, cum ex illis nemo nunc viueret; Itemque nauem, ſi adeo ſaepe refecta eſſet, vt nulla tabula eadem permaneret, nihilominus eandem nauem exiſtimari. Quod ſi enim quis putaret, partibus commutatis aliam rem fieri, fore, vt ex eius ratione nos ipſi non iidem eſſemus, qui abhinc anno fuiſſemus, propterea quod, vt philoſophi dicerent, ex quibus particulis minimis conſiſteremus, hae quotidie ex noſtro corpore decederent, woraus zu folgern, daß die aus ganz neuen Mitgliedern beſtehende Zunft oder Gemeinde dasjenige bezahlen müſſe, was die Vorgänger ſchuldig worden,

LYNKER *Deciſ. 828.*

hingegen aber auch umgekehret, mit Recht geſchloſſen wird, daß wenn jemand aufhört ein Mitglied zu ſeyn, er weiter etwas zu Tilgung der Schuld, welche die Gemeinde zu der Zeit, da er ſich noch in ſelbiger befande, aufgenommen, beyzutragen nicht angehalten werden könne, 3

KNIPSCHILD *de Ciuit. Imper. lib. 5. cap. 6. n. 25.*

wannenhero daß, obſchon die abgeſtorbenen Meiſter den Wechſel unterſchrieben, doch deren Erben zur Zahlung nicht angehalten werden könnten, es das Anſehen gewinnet.

Dennoch aber und dieweil die Meiſter des Handwerkes zwar in Nahmen der Zunft den Wechſel unterſchrieben, jedoch ſich ſelbſt auch für ihre Perſon verbindlich gemachet, alſo hier, von obiger Regel, nach welcher diejenigen, welche aus einer Gemeinde herausgetreten, weiter für etwas zu ſtehen nicht gehalten, eine Ausnahme zu machen, da die Meiſter ſo gar einer für alle und alle für einen ſich verbunden, und wenn ſchon ſonſt Correi debendi ſich der rechtlichen Wohlthat der Theilung bedienen können, doch hier ein Wechſel vorhanden, deſſen Verjährung die Verbindlichkeit, daß ein einziger die ganze Summe bezahlen muß, nach derer bewährteſten Rechtslehrer Meynung, nicht aufhebet, weil nur der perſonal Arreſt durch Ablauf der Zeit behindert wird, immaßen ſich die Sache bey einen verjährten Wechſel eben ſo verhält, als wie wenn ein Wechſel Schuldner verſtorben, da wider deſſen Erben nach Wechſel Recht, das heißt: mit der Haft ebenermaßen nicht 4

verfahren werden kann, die übrigen Wirkungen eines Wechsels aber: als daß es in des Gläubiges Willkühr beruhet, ob er von dem noch lebenden Mitschuldigen, oder aber von des verstorbenen Erben die Zahlung durch rechtliche Klage eintreiben wolle? unversehret und in Sicherheit verbleiben,
5 So sind die Erben derer verstorbenen Meister, so den Wechsel unterschrieben, sie mögen das Handwerk selbst noch treiben oder nicht, die Schuld und zwar einer für alle zu bezahlen verbunden.

OBSERVATIO CCCXXXVIII.

Eunuchi matrimonium.

1 Quae sciens impotenti nubit ad diuortium agere nequit, nam voluntate contrahentium tales nuptiae subsistunt. *Cap. 4. X. de frigid. et malefic.* CARPZOV. *Iurisprud. Consist. Lib. 1. tit. XI. defin. 202.* Itaque cum volenti iniuria non fiat, verum Eunuchi coniugium, si
2 sponsa, quali iungatur, admonita fuerit. Nec obstat solenne carmen, quod sacerdos nubentibus praeit: *Crescite et multiplicamini.* Nam idem etiam depontano dicitur vetulam ducenti. Et tamen Acherunticorum verae putantur nuptiae. Probat hanc opinionem responsum Facultatis Iuridicae Lipsiensis, quod disputationi nostrae: *Matrimonium absque proposito liberos procreandi legitimum* quam huic Rhapsodiae suo tempo-
3 re inseremus, adiecimus. En exceptionem regulae alias firmissimae, per concubitum demum matrimonium perfici. Nam hoc casu, ad effectus matrimonii ciuiles, vel voluisse sat est.

OBSERVATIO CCCXXXIX.

Per subhastationem in concursu creditorum factam hypotheca simultanea inuestitura, retractus extinguuntur, non autem onera, nec seruitutes.

1 Hoc non solum iure Saxonico obtinet, verum etiam ciuili. *L. 6. C. de remiss. pignor.* Propterea quod hypothecarii sibi imputare debent,

bent, ſi in termino liquidationis ſe praecludi paſſi fuerint. WERNHER *P. 1. Obſ. 267. P. 4. Obſ. 95.* LEYSER *Spec. 236. med. 1.* RIVIN. *tit. 14. Enunc. 1.* BERGER *Oecon. Iur. lib. 2. tit. 5. §. 16. num. 3.* Onera autem, ſeruitutes et alimenta praedio inhaerentia (die Auszüge) 2
non exſpirare colligitur ex O. P. R. tit. 39. § 11. vbi emtori iniungitur, vt ipſe conditiones rei emendae inquirat. Dico autem non extingui alimenta aliaque onera futura ſiue ius ea exigendi; nam praeterita alimenta etiam extinguuntur. Haec omnia intellige de ſubhaſtatione publica in concurſu et de omni neceſſaria, non de ſubhaſtatione priuata. *vide infra Obſeru. CCCLVIII.* An etiam locatio exſpiret? vide ſupra Obſ. CXCIII. Simultaneam inueſtituram per ſubhaſtationem neceſſariam exſpirare nemo dubitat, vide tamen Obſ. inferiorem in qua dominum in concurſu haud liquidantem praecludi non poſſe ſtatuimus.

OBSERVATIO CCCXL.

Ab appellatione argumentum ad Leuterationem ducitur.

Leuteratio in dubio ad naturam appellationis comparanda et, ſicubi leges diſcrimen non inducunt, appellationis regulae leuterationi immo caeteris: Reſtitutionis, Reuiſionis et reliquis remediis aptandae. CARPZ. *P. 1. Conſt. 19. defin. 1. num. 7.*

OBSERVATIO CCCXLI.

Processus executiuus ex litteris inuestiturae institui non potest.

Litterae inuestiturae recentiores non raro derogant primis.

Caueant sibi vasalli et rustici ne litteras inuestiturarum haud perlectas retineant.

Litterae inuestiturarum nihil probant contra tertium, vt supra Obseru. CCCIII. diximus. Immo ne quidem contra vasallum in processu executiuo. Neque enim tales litteras subscripsit vasallus. At pro scribente domino eius scriptura nihil probat. Ita pronunciauimus mense Septembri 1757. Sunt igitur instrumenta liquida solum pro vasallo contra dominum, non autem pro domino contra emphyteutam aut vasallum, multo minus contra extraneum. LEYSER *Spec. 274. med. 1.* Vide supra Obs. CCCIII. Qui tamen litteris hisce pro se vtitur, non improbare debet caetera, quae in iis continentur. Item si quis scripturam oblatam recepit et per longum tempus apud se retinuerit, vt verosimile videatur, has litteras legisse, non tantum probant notitiam contentorum verum etiam consensum et approbationem accipientis. Collegium nostrum cuidam Coloniensi iureconsulto 1769. ita rescripsit: Dennoch aber und dieweil nach dem Bernhardt Wilhelm von Quad im Jahr 1714. einen Lehnbrief, worinnen die Clausel daß die Spilmagen ebenermaasen in Lehne folgen sollen, ausgelassen worden, ohne allen Widerspruch und Vorbehalt seiner Rechte angenommen, auch hierauf bey Absterben des Lehnherren im Jahr 1725. eben derselbe die Belehnung auf gleiche Weise empfangen, und ohne sich wegen seiner Rechte in geringsten zu verwahren, den abgeänderten Lehnbrief unweigerlich angenommen, dann nach dessen Tode sein Sohn Franz Bernhardt von Quad bey der 1735, beschehenen Lehnsempfängnis den also abgeänderten Lehnbrief abermals angenommen und bey dem 1763. darauf erfolgten Absterben des Lehnherren ebenermasen vorgedachte Clausul ausgelassen

gelassen worden, also in einen Zeitverlaufe von 48. Jahren vier Vorfallenheiten sich ereignet, nunmehro den lezten Besizer als auch dessen Erben allerdings denen Rechten nach, daß er und sein Vater den also abgeänderten Lehnbrief iederzeit unweigerlich empfangen, behalten und bey der folgenden Belehnung zum Grunde legen lassen, schlechterdings entgegen stehet, sintemalen demjenigen, der da schweiget, wo ihm zu widersprechen, obgelegen hätte, sothanes Stillschweigen ohnfehlbar zum Nachtheile gereichet, zumal wenn ausser dem noch eine wirkliche Thathandlung, als wie hier die wirkliche Annahme und Beybehaltung des Lehnbriefes dazukomt,

L. 12. D. de euict.

Clementin. 1. de procurat.

weil demjenigen, der es nicht besser haben will, kein Unrecht geschiehet und jeder sich des ihm zum Besten geordneten Rechtes wohl begeben mag, welches auch in Lehnrechten

II. F. 26. §. Titius filios in fin.

alwo die Worte: Quod si per annum, ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur, anzutreffen, satsam begründet, wie denn die Schwester des lezten Besizers schlechterdings keine Lehnfolge haben kan, wenn sie nicht, daß ihr Erblasser beliehen worden, erweisen kan, welches sie durch Beybringung der Lehnbriefe zu bewirken hat, da denn, daß wer eine Urkunde für sich anziehet, solche auch wider sich gelten lassen müsse, kundbare Rechte mit sich bringen und wenn man auch einwenden wolte, daß der lezte Besizer und sein Vater aus einer Nachläßigkeit die Abänderung nicht bemerket, indem er geglaubet, daß der neue Lehnbrief eben so, wie die vorigen eingerichtet sey, also in Erwegung, daß niemand etwas zu verschenken vermuthet wird und alle Verzichtleistungen in engsten Verstande anzunehmen, also um so viel weniger zu präsumiren wären, folglich gedachte lezten Besizer, Vater und Sohn, dieses blos aus Irthum und Unwissenheit geschehen lassen, doch eines Theils dieses für keinen unüberwindlichen Irthum ausgegeben werden mag, auch sothane ganze Vermuthung des Irthums daher völlig entkräftet wird, weil gedachte Vorfälle bey denen leztern Beleihungen den jüngsten und ältesten Lehnbrief übergeben müssen, da sie denn bey diesen 4. Vorfallenheiten eine so gar wichtige und stark in die Augen fallende Abänderung nicht allein füglich wissen können, sondern auch wissen sollen und müssen, mithin da sie die Lehnbriefe

briefe also angenommen und eben dadurch die beschehene Abänderung stilschweigend genehmiget nunmehro ihre Verwanten weiblichen Herkommens nicht einmal mit dem Beweise, daß ihre Erblasser hier in Unwissenheit und Irthum befangen gewesen, ferner zu hören,

GAIL. *Cent. 4. Obs. 87. num. 5.*

da, wenn auch gedachte Erblasser wirklich in dergleichen irrigen Meynung gestanden hätten, doch nunmehro ihre Erben die Wirkung und Strafe sothaner Nachläßigkeit empfinden müssen, sintemalen die Verjährungen aus einen Haß und Widerwillen der Rechte gegen die Fahrläßigen eingeführet, als welches der einzige Grund desjenigen Rechtes ist, mittelst dessen ein anderer durch den langen Zeitverlauf eine fremde Sache sich zueignet, und wenn derjenige, so unter verhofter aber nicht erfolgter Zahlung eine Handschrift ausgestellet und dawider sich binnen zween Jahren nicht gesezet hat, nunmehro schlechterdings bezahlen muß, um soviel eher ein Vasal, welcher einen Lehnbrief, worinnen etwas vortheilhaftes weggelassen, annimt, sich die Schuld selbst beyzumessen hat, weil man eher und leichter etwas erlassen, als etwas zu thun sich verbindlich machen kan,

L. 47. D. de obligat. et act.
Rhapsodia Obs. XI.

Auch ferner nichts zur Sache thut, daß, wenn ein Irthum eingeschlichen, die ältern Lehnbriefe denen jüngern vorzuziehen, sintemalen, daß in gegenwärtigen Falle die Auslaßung der denen Spilmagen nüzliche Clausel für keinen Irthum zu halten, bereits ausgeführet worden, wenn aber etwas mit Fleiß und beyder sowohl des Lehnherrn als des Vasallen Genehmhaltung in Lehnbriefen verwandelt, niemals die ältern, sondern umgekehrt die neuesten vor Augen zu sezen, sintemalen wenn ein Vasal die Aenderung entweder ausdrücklich oder stilschweigend genehmiget, es bey selbiger sein unwandelbares Bewenden hat; mithin auf die Schrift wider den Schriftsteller absonderlich da etwas zu erweisen gar wohl in Stande, wenn sie aus den Händen des Producten zu den Acten komt *(Obs. CCX. CCXLII.)*

OBSER-

OBSERVATIO CCCXLII.

Ius diuinum gradus non computat.

Computationem graduum a Romanis inuentam deinde excultam ac immutatam a Romano Pontifice, tandem in formam et imaginem arboris redactam a IOHANNE ANDREA Bononiense Iureconsulto, putasne MOSEN tenuisse? Nos LVTHERI illud probamus, qui in Tom. 2. Ienens. Germ. fol. 149. scribit: Got rechnet nicht nach denen Gliedern, wie die Juristen thun, sondern zehlet straks die Personen. Certe Moses in eodem gradu saepe diuersa voluit. *Videatur Obs. XCIII.* ENGAVIVS *in Elem. Iur. Canon. lib. 2. §. 144. not.* **, LEYSER *Spec. 292. med. 1.* Nemo fere hodie dissentit, nisi superstitiosi quidam Carpzouianum in seculum relegandi:

In Carpzovs fromme Zeit, die Hexen noch verbrante,
Eh sie Thomasius, der Atheist, verbante.

OBSERVATIO CCCXLIII.

Rescisso ob praeteritionem liberorum testamento legata tamen manent.

Iure Pandectarum praeteritio liberorum ita vitiabat testamentum, vt ne legata quidem deberentur. Hoc iure Nouellarum mutatum. *Nouell. 115. cap. 3. in fin.* et cap. 4. §. 9. *ibi et praeteritionis poenae. Const. El. 9. P. 3.* ibique CARPZOVIVS. Adeoque iure nouo non amplius illa obtinet, quae iure veteri, inter Nullitatis et Inofficiosi querelam differentia, vt LAVTERBACHIVS in Compendio Pandectarum et Collegio Practico fusius demonstrauit. Vide hanc totam materiam latissime expositam in Obseruatione DCXLIII.

OBSERVATIO CCCXLIV.

Fidei commiſſum etiam verbis imperatiuis relinqui poteſt.

Quotiescunque verba a teſtatore aliquid reſtitui iubente adhibita ad ſubſtitutionem vulgarem trahi nequeunt, fideicommiſſaria eſt ſubſtitutio, licet verba precatiua deſint, *L. 2. commun. legat. et arg. L. 76. ff. ad SCt. Trebell.* CARPZOV. *P. 3. Conſt. 8. defin. 18. n. 6. 7. et defin. 27.* BERGER *Oecon. Iur. lib. 2. tit. 4. th. 33.*

OBSERVATIO CCCXLV.

De Aduocatorum prolixitate.

Deſperamus de remedio, quo prolixitas cauſas orantium coerceri poſſit, cum fere omnes non aliam rem magis metuant, quam curti ne videantur. Quemadmodum vero hodie vix centum paginae ſufficiunt, vt illud vnum *Nego* efferant, ſic olim voce et verbis ita diffundebantur, vt ſeptem ſaepe clepſydras, ſed et decem peterent, immo tacuiſſe ſibi viderentur, ſi tantum quatuor oraſſent, vt MARTIALIS *libro. 8. epigr.* 7. in Cinna notauit:

Hoc agere eſt cauſas, hoc dicere, CINNA, *diſerte:*
Horis, CINNA, *decem dicere verba nouem.*

Longe melius paucis idonea proferre, quam multis inutilibus lectores praegrauare. *L. 2. §. 15. C. de uet. iur. enucl.* Multa enim verba et prolixitas ſermonis ſunt indicium cerebri inanis, et ſtultum eſt quaerere ex ſermonum foliis quam ex radice rationis *C. 64. C. 1. qu. 1.* Adde Obſ. DLXXXII. n. 12.

OBSER-

OBSERVATIO CCCXLVI.

Cautela de conſuetudine probanda.

Iudici generatim de conſuetudine teſtanti non credimus; CARPZOVIVS *P. 2. Conſt. 3. def. 22.* immo ſi teſtes non aliud dicant, niſi generatim: hoc ita per tempus legitimum inualuiſſe, nihil probant. *L. 4. C. de teſtib.* Debent ergo iudices actus ſingulos enumerare, non autem ipſi de conſuetudine generaliter tantum in ſuis Atteſtatis arbitrari, vtpote quae juris potius, quam facti quaeſtio. Neque tamen tale iudicis teſtimonium plane reiiciendum. Fateor quidem non plene ac ne ſemi quidem plene id probare, attamen ſi alia documenta adſint, tale iudicis teſtimonium iis quaſi ſuccurrit. *vide Obſ. CCX. Regul. 10.* LEYSER *Specim. 9. med. 9.*

(Margin: 1 beside line 1; 2 beside line 4)

OBSERVATIO CCCXLVII.

Emtor aedium priuatim traditarum licet reſignatio iudicialis non acceſſerit, tamen iure vindicationis eas in concurſu petit.

Notum quidem et Deciſione Electorali 61. confirmatum, iure Germanico rerum immobilium dominum non priuata, ſed publica traditione transferri, verum cum haec vetus electoralis deciſio per nouiſſimam primam anno 1746. publicatam pauliſper immutata ſit, in quaeſtione, vtrum aedes a debitore communi venditae, iudiciali reſignatione non ſecuta, ad maſſam concurſus pertineant, emtorque ſolutum pretium liquidare atque ſuam locationem in vltima demum claſſe expectare teneatur? hac ratione diſtinguimus, vt emtori vindicare aedes permittamus, ſi vel extraiudicialiter ipſi traditae fuerint, atque pronunciemus: Daß binnen Sächſiſcher Friſt bey 5. Thlr. Strafe Curator bonorum dem Käufer gegen Erlegung des rükſtändigen Kaufgeldes die Lehn am Hauſe aufzulaſſen, und auf beyder Theile Koſten ihm ſolches in Lehn und Würden zu verſchaffen ſchuldig; contra vero ſi fundus venditus quidem,

(Margin: 1 beside line 1)

nec tamen priuatim traditus sit, emtori nihil amplius quam repetitionem pretii, in vltima demum classe, permittimus. Id duplici Responso confirmabo, quorum primo emtori, qui extraiudicialiter aedes traditas accepit, vindicationem permisimus. Obwohl, daß diejenigen, so
2 bloß die Publicianische Klage anzustellen berechtiget, iure vindicationis, also auserhalb des Concurses, befriediget werden sollen, in keinen Gesezen verordnet, wohl aber die 61ste Churfürstliche Decision, daß ein Käufer, ehe er die Güther in Lehn und Würden hat, für keinen Eigenthumsherrn zu achten sey, klärlich besagt, wannenhero daß der Concurs das von dem gemeinen Schuldner verkaufte und nur außergerichtlich übergebene Haus dem Käufer wieder zu entrüken wohl befugt, geschlossen werden möchte.

3 Dennoch aber und dieweil nach der ersten neuesten Decision vom Jahr 1746. dem Käufer, auch ohne gerichtliche Lehnsreichung, Publicianam, welche der Rei vindication nahe kommet, anzustellen nachgelassen, mithin der Concurs, gesezt auch, daß der gemeine Schuldner noch im Hause wohnen solte, doch allemal als ein infirmiori iure possidens zu betrachten stünde, und gleichwie, wenn der gemeine Schuldner, ehe er sich angegeben, solch Haus weiter zu verkaufen nicht im Stande gewesen, sondern der Käufer solches verhindert haben würde, also auf gleiche Weise er dessen anjezt angedrohete öffentliche Feilbietung zu verwehren berechtiget, weil dem Concurse, so bald er das Haus verkaufen wil, da er und der gemeine Schuldner eine und eben dieselbe Person vorstellen, exceptio rei venditae et traditae entgegen stehet, auch der heutige Gerichtsbrauch und bewährte Rechtsgelehrten,

> BARTH Hodegeta For. cap. 3. §. 2. not. m. pag. 492. BERGER Oecon. Iur. lib. 3. tit. 5. §. 15. not. 2. WERNHER P. 4. Obs. 68. et Tom. 3 pag. 440. Obs. 67. LEYSER Spec. 446. Medit. 4.

dem Käufer das Wort reden, und daß ein vom gemeinen Schuldner bey guter Zeit verkauftes Grundstük, wenn es nur dem Käufer wirklich, obschon nur ausergerichtlich, übergeben, nicht in die Masse zurük gezogen werden könne, mit guten Gründen behaupten, immasen falsch ist, daß nur diejenigen, so ein ciuile dominium besizen, iure vindicationis ihre Sache wieder fodern könten, weil auch deponentes, commodantes, locatores und oppigno-

pignorantes noch vor der ersten Classe befriediget werden müssen, gesezt auch, daß die dem gemeinen Schuldner geliehene Sache nicht des Leihenden Eigenthum gewesen wäre, und sogar die Mitbelehnten in Ansehung des Lehnstammes, so doch bloß in baaren Gelde bestehet, ebener maasen iure vindicationis vor allen andern angesezt zu werden pflegen; So ist der Tuldenische Con- 4
curs dem Käufer das von dem gemeinen Schuldner ehedem verkaufte und ausergerichtlich übergebene Haus, nunmehro auch vor Gerichte, in Lehn und Würden zu verschaffen allerdings verbunden. Vide omnino supra Obseruationem XCVI. Altera species est, si fundus ab obaerato debitore 5
quidem venditus necdum tamen vllo modo h. e. ne quidem extraiudicialiter traditus fuerit, quo casu infelix emtor in extremam creditorum classem ablegatur, vt rationes sequentes Responsi mense Nouembr. 1766. a Collegio dati euincunt. Ob wohl die Käuferin des Weinbergs 6
Mariane Elisabeth Kochin anführen möchte, daß es ihr allenfals gleich viel gelten könte, in welche Classe sie mit ihrem Anspruche des Grundstückes halber bey künftigen Urthel angesezt werde, wenn nur der Concurs ihr solches verschaffen müste, daher sie allenfals, weil sie durch die Uebergabe noch kein Eigenthum erlanget, wenn die Formalitäten und der Zusammenhang des Locations Urthels solches nicht anders verstatteten, sich gefallen lassen wolle, daß bey Gelegenheit der lezten Classe der Concurs zu seiner Schuldigkeit angehalten würde, welches schlechterdings geschehen müsse, weil bekanter masen die Gläubiger insgesamt des gemeinen Schuldners Stelle verträten, also dasjenige zu erfüllen und zu leisten schuldig wären, was jener versprochen, sintemalen die, von einem Beschuldeten an seine Gläubiger erfolgte Ueberlassung der Güther an Zahlungsstat eine Eintretung des Concurses in sämtliche Rechte des Schuldners sey, also auch eben wie bey einer Erbschaft, so einem Fischzuge, der böses und gutes zugleich mitbringet, verglichen wird, oder bey andern Successionibus vniuersalibus zu geschehen pfleget, sämtliche Gläubiger als eine mystische Person betrachtet, nicht weniger alle Obliegenheiten auf sich nehmen, wannenhero auch in *L. 8. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid.* folgende zu weitern Betrachtungen Anlaß gebende Verordnung zu befinden: *Si quis fructus ex praedio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem praedii missus est, vendere vel locare debet. Sed hoc ita demum, si ante neque venierit neque locatus erit. Nam si a debitore vel locatus erat, vel venierat, seruabit Praetor venditionem et locationem a debitore factam,* und da die Kochin bereits die Helfte des Kaufschillinges an den gemeinen Schuldner

ner abgetragen, wenn der Weinberg durch öffentlichen Anschlag feil gebothen und verkaufet, sodann aber dessen Werth unter andere Glaubiger ausgetheilet werden solte, diese offenbar mit der Käuferin Schaden sich zu bereichern
7 scheinen, welches die Rechte sonst nicht gestatten, und dieselbe ferner für sich anziehet, daß ein creditor speciei per id quod interest auf keine Art und Weise abzufinden stehe,

L. 75. §. ult. D. de verbor. oblig. L. 2. §. 1. D. de reb. cred. L. 11. §. 2. D. de act. emt. BERGER *resolut. leg. obst. lib. 19. tit. 1. Quaest. 5.*

also auch ihr stat des erkauften Weinbergs kein Geld nicht aufgedrungen werden möge, übrigens der Concurs Proceß keineswegs als ein Mittel Obliegenheiten zu zernichten, sondern vielmehr solche zu erfüllen und abzutragen, erfunden sey.

8 **Dennoch aber und dieweil** die Kochin wegen des Weinberges, dessen Uebergabe unterblieben, blos ein persönliches Recht erlanget, wannenhero, wenn sie wegen des von dem gemeinen Schuldner gethanen Versprechens befriediget seyn wil, auch allerdings, woferne nur die Masse zureichend, befriediget werden muß, dieses aber nicht eher angehet, als bis diejenigen Gläubiger, so ein besseres Recht haben, ihre Bezahlung erhalten, leztere aber gleichwohl nicht bezahlet werden können, wenn nicht der Weinberg verkaufet und also ins Geld gesezet wird, mithin die Kochin dessen Veräuserung nothwendig geschehen lassen muß, nam qui vult consequens non debet id, quod antecedit nolle, sintemalen sie zu ihren Endzweck nicht anders, als durch jenes Mittel gelangen kan, wannenhero sie nur gedachten in Gesezen vorgeschriebenen Weg sich gefallen lassen muß, weil die Natur und Eigenschaft des Concurs Proceßes es also mit sich bringet, daß die leztern Classen nach den erstern abgefunden werden müssen, da denn ohne Verkauf des Weinberges derer ihr vorgehenden Glaubiger Befriedigung unmöglich, solchergestalt dieselbe die Subhastation auch wider Willen genehmigen muß, weil widrigen Fals und wenn sie ihre Befriedigung verlangen wolte und doch zugleich den Verkauf des Weinberges zu verhindern gedächte, sie in gesezmäßigen Verstande eben dieselbe Sache zugleich wollen und auch nicht wollen würde; ihr Anspruch aber, da sie kein dingliches Recht, weniger ein Eigenthum, erlanget, nur in die lezte Classe der gemeinen Gläubiger gehörig, also sie die vorgeschriebene Ordnung

nung erwarten muß, in mehrerer Erwegung, daß wenn auch der Concurs,
wie niemand leugnet, alle Obliegenheiten des gemeinen Schuldners zu erfüllen
schuldig, doch dieses sich nur in so weit, als die Maße zureichend, verstehet,
wannenhero diejenigen, so blos ein persönlich Recht haben, denen, welche sich
mit einem dinglichen verwahret, nachstehen, folgsam daß zuförderst jene be-
friediget werden, geschehen lassen müssen. Nam qui medium repudiaret,
sine quo ad extremum perueniri nequit, id ipsum extremum censere-
tur repudiasse, GAIL *lib. I. Obseru. 122. n. 8.* wannenhero die Käuferin,
sobald sie, daß der Concurs des gemeinen Schuldners Versprechen erfüllen
und sie diesfals befriedigen solle, verlanget, sie hierdurch stillschweigend in die
Veräuserung des Weinberges williget, also es durchaus nicht einerley ist, ob
ein Schuldner selbst oder der an seine Stelle tretende Concurs das versproche-
ne Grundstük ins Geld sezet, sintemalen sie solches zwar erstern, nicht aber,
aus denen bereits angeführten Gründen, leztern verwehren darf, also der
Saz, daß der Concurs alle Versprechen des gemeinen Schuldners erfüllen
müsse, und ein Creditor speciei sich nicht mit dem Interesse abspeisen lassen 9
dürfe, nur in so ferne die Masse bis auf die lezte Classe zureichend, wahr ver-
bleibet, und die obangezogene *L. 8. §. I. ff. de reb. auct. iud. poss.* nur von
einen einzigen Gläubiger, so die Hülfe in ein Grundstük thun lassen, nehm-
lich de eo qui ex primo decreto missus est, keinesweges aber vom Con-
cursu vieler creditorum handelt, auch anderer Ursachen wegen sich nicht füg-
lich auf gegenwärtigen Fal und heutige Einrichtung des Concurs-Processes
anwenden lässet, wie denn das debitum speciei nirgend in Gesezen mit ei-
nem Vorzugs Rechte begabet, da weder die Römischen noch Sächsischen Sa-
zungen, daß es der Schuld einer Quantität vorgehen solle, verordnen, wan-
nenhero nicht anders zu schließen, als daß da die Kochin nicht einmal auser- 10
gerichtlich den Weinberg übergeben erhalten, mithin weder ein gesezmäßiges
noch auch natürliches Eigenthum daran erlanget, dieselbe in dem Locations
Urthel iure vindicationis nicht, sondern in einer andern gewissen Classe an-
gesezet werden muß, welches keine andere als die lezte seyn kan, die keine Be-
friedigung erhält, so lange nicht die erstern abgefunden, wannenhero, da ein
solches ohne Verkauf des Weinberges nicht geschehen kan, die Kochin sich
nicht dawider regen darf, sintemalen sie sogar ihren Willen darein, rechtlicher
Muthmaßung nach, sofort und alsbald sie liquidiret, auf eine stillschweigende
Weise zu erkennen gegeben, immasen sie sonst eine vergebliche Sache unter- 11
nommen haben würde, weil niemand zum Endzwecke, ohne die dahin füh-
rende

rende Mittel zu wollen, gelangen kan, zu welchen allen noch der beträchtliche Umstand kommet, daß die Köchin reformirter Religion beygethan, folglich dieselbe nach Chursächsischer Landesverfassung kein Grundstück besizen kan, also der Concurs niemalen, und wenn auch schon die unterlassene privat Uebergabe erfolget wäre, eine unmögliche Sache möglich machen, und ihr den Weinberg in Lehn und Würden zu verschaffen, für schuldig erkant werden mag, also ihr allenfals praestatio eius quod interest, rem venditam sibi traditam non fuisse, zu suchen nachgelassen, welche Schäden Klage aber ganz
120 offenbar in der lezten Classe abzuurtheln, ꝛc. Non addo aliud nisi hanc vnicam collectionem: Si verum est non quidem intuitu tertii, attamen intuitu venditoris et emtoris, dominium extraiudiciali traditione transferri, vt Pauliana institui possit; atque si non minus verum est concursum debitoris personam sustinere, consequens est, vt concursus non habeat dominium in re iam priuatim emtori tradita, sed hic potius hanc rem caeteris creditoribus, si hypothecas quae fundum sequuntur excipias, praeripiat. Adde supra Obs. CXCIII.

OBSERVATIO CCCXLVIII.

Domino emphyteuticario promissum ante ducentos annos canonem in moneta veteri ad legem imperii excusa, exigere non licet, nec principi in tali moneta steuras aut pacto promissas publicas contributiones.

1 Sine longa praefatione statim redditas Sententiae a Facultate iuridica latae rationes adscribamus: Obwohl in denen bey veränderten Münzfuße entstandenen Streitigkeiten allemal auf die Zeit des geschlossenen Contracts zurük zu gehen, hiernächst in *cap. 20. X. de censib. et cap. 26. X. eod.* verordnet: soluendos esse census ad antiquam monetam, in qua instituti fuerint, et si talis non amplius extet, aestimatione pensionis antiquae, hiernächst die so genanten res merae facultatis keiner Verjährung unterworfen, also dem Zinsherrn, daß er in so langen Zeiten sich allemal mit gangbaren Gelde begnügen lassen, keinesweges entgegen zu stehen scheinet.

Dennoch

Dennoch aber und dieweil der Zinsherr über rechtsverwährte Zeit allemal gangbare Geldsorten ohne einigen Vorbehalt angenommen, und hier der bloße Zeitverlauf allerdings schädlich, 2

Constit. El. 2. et 3. P. 2. Decis. nouiss. 5. d. a. 1746.

insonderheit was die jährlichen Abentrichtungen betrift, wenn der Gläubiger solche in schlechten Gelde seit rechtsverwährter Zeit angenommen, hierdurch der Schuldner von der Obliegenheit bessere und ältere Münzen zu bezahlen befreyet wird, *cap. 20. X. de censib.* IBI: et ab illo tempore non nisi triginta sex annorum et plus tempus effluxerit, und wider denjenigen, welcher eine jährliche Zahlung in unbestimmeter Münze sich versprechen lässet, da er wissen können, daß nach Unterschied der Zeit die Geldsorten sich öfters zu verändern pflegen, keine geringe Vermuthung erwächset, daß er nicht so wohl auf einen gewissen innerlichen Werth, als vielmehr auf die äuserliche Quantität der Münze das Absehen gerichtet habe,

MENOCHIVS *Consil. 49. num. 50.*

wozu kommt, daß in zweifelhaften Fällen, weil die Rechte einen großen Hang gegen die Befreyung haben, eher für den Schuldner als Gläubiger das Erkentniß zu richten, und bey diesem sonderbaren Falle sich solcher Ursachen halber auch *L. 13. ff. de vsur. et L. 5. C. eod.* einiger maasen, noch viel besser aber die Verordnung der dritten Churfürstlichen Constitution im andern Theile anwenden lässet; So ist ꝛc. ꝛc. Vide etiam supra Obs. CCXXI. Similiter cum Fiscalis a ciuitate quadam pacto promissam ante ducentos annos dotationem filiae principis Fräuleinsteuer peteret, mense Augusto 1780. Waldeccensibus ita respondimus: Dieweil der Landesherr wenn er die Münzen geringer auspräget daher verschiedentlichen Vortheil hat, und bey manchen Gelegenheiten solche selbst nach dem alten Werthe rechnet (wie denn sonst ihm gar nicht möglich wäre sein geringhaltiges Geld in Gang zu bringen, wenn er nicht selbst in seinen Cassen, solche für voll annehmen wolte, folglich wenn er die Vortheile des geringen Gehaltes geniesen wil, er sich auch die damit verknüpften Ungelegenheiten gefallen lassen muß; so daß jenes prätorische Edict, daß was man bey sich für recht erkent, man bey andern nicht für unbillig halten dürfe, alhier einschlägt.

OBSERVATIO CCCXLIX.

Veneficii attentati poena.

Iure Romano etiam attentatum veneficium gladio puniebatur. *L. 3. ff. ad L. Cornel. de Sicar.* Nostris autem Germaniae moribus, si venenum cruciatus corpori, nec tamen mortem, intulerit, poena fustigationis obtinet, etiamsi insignis laesio secuta fuerit. Neque enim peruicit WAGNER, qui in Disputatione de ea re conscripta, etiam hodie poenae capitali quoniam in Constit. Crim. art. 130. scriptum est Leib oder Leben in attentato locum esse, probauit. Si corpus exhausto veneno nullos plane dolores sensit, vltra perpetuam relegationem non progredimur. WERNHER *P. 10. Obs. 444. num. 21.* Si venenum emtum quidem, immo iam cibo inditum sit, nec tamen os intrauerit, biennalis relegatio obtinebit.

OBSERVATIO CCCL.

Iudaeus ad suppletorium admittitur et ad Purgatorium in lite cum Christiano.

Suspectum quidem Iudaei contra Christianum iusiurandum, vt, si res dubia sit, Christiano potius, quam illi, iusiurandum imponi soleat. Interea, si indicia adsint, plus esse fraudis in Christiano, quam Iudaeo, quod quidem persaepe accidit; aut Iudaeus plus quam semi plene probauerit, Iudaeus quoque ad suppletorium admittitur. PUFENDORF *T. I. Obs. 110.* et ad Purgatorium WERNHER *P. 3. Obs. 176.* vide quae supra Obs. CCXI. sub verbo *Haeretici et s. v. Iudaeus* protulimus. Me suasore Facultas Iuridica Lipsiensis mense Augusto 1774 peregrino cuidam magistratui in hanc sententiam ita respondit: Obwohl daß zu Befreyung der beklagten Witbe eher ihr der Reinigungs als Klägern der Erfüllungs Eyd aufzuerlegen sey, und daß lezterer um soviel weniger zu jenen Schwure gelangen könne, es scheinen will, da er ein Jude ist, vielmehr die Christen Pflicht erfordere, bey Auferlegung eines entscheidenden

benden Eydes auf die Ehrlichkeit und Religion des Schwörenden ein Absehn zu richten, besonders aber die Juden, als heimliche Feinde der Christen, alle Mittel selbigen zu schaden für erlaubt hielten, also um so vielmehr zu glauben wäre, daß sie sich kein Gewissen machen dürften, einigen Vortheils halber meineydig zu werden, weil ihnen an ihrem grosen Versöhnungstage alle wider die Christen begangene Fehltritte vergeben würden.

Dennoch aber und dieweil Beklagte ihres Erblassers unternommene Handlungen nicht so, wie Kläger, der Wirklichkeit nach, beschwören kan, sondern allenfals hierinnen nur etwas zu muthmasen und zu glauben im Stande, also die in der Natur gegründete Regel, daß wahre Wissenschaft sicherer, als die in der Partheyen eigenen Gedanken entsponnene Muthmasungen, vorwaltet, übrigens der äuserliche Gottesdienst nicht allemal mit der Rechtschaffenheit verbunden *Obs. DLXXXII.* Da es unter verschiedenen Religionsverwanten Meineydige zu allen Zeiten gegeben, wie denn der ehemals auf das höchste getriebene Saz päpstlicher Vorschriften, daß man eher den Christen, als den Ungläubigen schwören lassen solle, aus einem den vorigen Zeiten nicht zur Ehre gereichenden Verfolgungseifer entstanden, mithin über seine Grenze zur Ungebühr keinesweges zu erweitern, vielmehr die Erfahrung lehret, daß gewissenhafte Juden sehr schwer an die Ablegung eines Eydes zu bringen und wenn leztere heimliche Widersacher der Christen sind, doch eben so wenig diese sich schämen, ia aus Unverstand es wohl gar als eine verdienstliche Handlung ansehen, sich auf gleiche Weise als derer Juden öffentliche Feinde zu erklären, mithin, wenn blos der Haß eine widrige Vermuthung abgeben solte, auf beyden Theilen gleiches Bedenken vorhanden seyn würde, wie denn auch Beklagte, was sie vom grosen Versöhnungstage angeführet, nicht erwiesen, wannenhero nach denen im rechtlichen Proceße eingeführten Regeln bey einem solchen blosen Anführen es noch immer dahin gestellet bleibet, ob dieser Vorwurf nicht etwa unter die mancherley fälschlichen Andichtungen zu zehlen, die man fremden Religionen beyzumessen pfleget.

OBSERVATIO CCCLI.

Subtractio ferarum furtum non est.

Nescio vnde peruersa quorumdam opinio orta sit, quasi in Saxonia electorali ferarum subtractio vt aliud furtum puniatur, cum tamen mandatum d. a. 1603. tantum de electoris banno ferino loquatur. BERGER *Elect. Crim. p. 60. et in Oecon. Iur. pag. 228.* Igitur in vasallorum siluis si ferae captae, poena tantum arbitraria. *Const. Ined. 7.* Ac ne quidem in electoralibus siluis hoc furtum putatur, nisi captae fuerint ferae nobiliores, quas enumerat lex *in Tomo secundo Codicis Augustei pag. 611.*

OBSERVATIO CCCLII.

Testamentum rusticum tunc demum priuilegiatum, si heres probauerit, plures quam quinque testes haberi non potuisse.

1 Cum Romani praedia sua per seruos colerent, adeoque ruri penuria ciuium esset Romanorum maxima, quinque testes in testamento rustico sufficiebant; nam plures haberi non potuisse secundum hosce mores, facile praesumebatur. At hodie, cum rustici non serui sed ciues Romani sint, rationem legis penitus cessare, facile patet: vnde iniustum testamentum ruri coram quinque testibus conditum putatur, nisi probari possit, plures haberi non potuisse. *R. I. d. a. 1512. tit. 2.*
2 *§. 2. L. vlt. C. de testam.* Plures autem haberi non potuisse, cum praesumtiones deriuentur ab eo, quod vt plurimum fieri solet, hodie nullo modo praesumendum, sed contrarium potius; vnde probatio, plures quam quinque commode haberi non potuisse, heredi incumbit, si quidem haec praesumtio negatiua praegnans est, et facile in affirmationem resoluitur. BERGER *Oec. Iur. lib. 2. tit. 4. th. 8. not. 2.*

OBSERVATIO CCCLIII.

Si nobilis deposita iudicialia in suos vsus conuerterit, atque bonis cedat.

Dominus iurisdictionis nomine Caius depositum iudiciale mille Imperialium in suum vsum conuerterat. Post mortem eius, cum feodum iure singulari inuestiturae simultaneae ad Iauolenum fratrem peruenisset, atque hic deinde bonis cessisset, creditor, ad quem iudiciale depositum pertinebat, in Iauoleni concursu hos mille Imperiales petebat, excipiente curatore litis, non Iauolenum sed Caium antecessorem hos mille Imperiales arcae iudiciali subtraxisse, adeoque Caii heredes allodiales conueniendos esse. Nihilominus locauimus hoc iudiciale depositum in Iauoleni concursu et quidem in vltima chirographariorum classe addita ratione: Ob wohl Unmündige eines stilschweigenden Pfandrechtes an Lehngüthern, wenn der Besizer ihr Vormund gewesen, sich zu erfreuen haben, (vide supra Obs CCXIII.) ein Gerichtsherr aber gewisser masen seinen Gerichten als ein Verweser vorstehet, auch nach Vorschrift der **Erl. Proc. Ordn.** *ad tit. 42. princip.* die deposita von der Concurs Masse abzusondern, und denen Eigenthümern zu verabfolgen. **Dennoch aber und dieweil** die in Gerichten niedergelegten tausend Thaler nicht mehr wirklich vorhanden, also keine Vindication stat findet, und ein Gerichtsherr als seiner Gerichte Vormund sich nicht betrachten lässet, übrigens daß die Gerichten Caio als ihren Gerichtsherren die niedergelegten Gelder verabfolgen lassen, ihnen zur Last fället, also sie diesfals der jedesmalige Gerichtsherr, in Betracht daß die Gerichte nicht aussterben, und daher ein Nachfolger auch für dasjenige, was vor selbigen zu seines Vorfahren Zeiten ergangen, stehen muß, allerdings zu vertreten hat, dessen Vermögen aber in Concurs gerathen ꝛc.

(Margin: 1 … 2 … 3)

In Iustitiarii concursu siue nobilis siue ipsi deponentes liquidauerint, nec supersint corpora non alia vtrisque assignanda classis, nisi chirographariorum vltima.

OBSERVATIO CCCLIV.

In dispositione parentum inter liberos nulla opus est heredis institutione.

Vt dies et consul adscribatur et vnciae litteris exprimantur hodie non requiritur.

1 Ex eo, quod in dispositione huiusmodi non licet liberos exheredes scribere, non sequitur, vt necessario instituendi sint, vt MENKE aliique opinantur, sed diuisio fieri potest, absque titulo institutionis. MEVIVS *P. 9. Decis.* 2. Nam institutio inter solennia habetur, a qui-
2 bus tale testamentum immune. Itaque si vnus in legitima laesus, habet tantum actionem suppletoriam, WERNHER *P. 9. Obs. 208.* quoniam in dispositione parentum inter liberos nominatio instar institutio-
3 nis est. Habemus enim non solum testamenta verum etiam codicillos parentum inter liberos aeque priuilegiatos in quibus licet vni liberorum praelegatum assignare reliquis liberis plane non nominatis. *L. fin. C. fam. hercisc. Nou. 107. princ. j. Nouell. 18. cap. 7.* Facile intelligitur in his parentum inter liberos codicillis non maiorem desiderari solennitatem quam in testamentis eorum, *arg. L. 36. ff. de testam. milit. L. 19. ff. eod.*

4 Caeterum tametsi *Nouell. 107. cap. 1.* exigat vt si dispositio non sit holographa saltim parentes esse hanc suam supremam voluntatem manu propria testentur, deinde nomina filiorum ipsi scribant et vncias non numerorum signis sed litteris exprimant tempusque annotent, tamen hodie tam rigide id non obseruatur. Nam si in ipso solenni testamento dies et consul non requiritur, cur in minus solenni id exigamus, deinde obueniens in lege nouella verbum *Vncia* satis declarat non de Diuisione parentum inter liberos loqui, sed de Dispositione, vbi testator assem totius hereditatis dispartitur per portiones quotas. Aliud ergo dicendum si res singulares hereditarias diuidit, sicuti mense Septembr.
5 1768 Collegium nostrum respondit: Und wenn schon bey der Nahmens Unterschrift die Eltern, wenn sie nicht die ganze Disposition selbst geschrieben, doch

doch wenigstens so viel: daß obstehendes ihr lezter Wille sey, eigenhändig anmerken, auch die Vncias mit voller Schrift und nicht mit Ziffern, nebst der Zeit ausdrüken sollen, doch dieses heutiges Tages so genau nicht mehr beobachtet wird, sintemalen das Wort vncia selbst anzeiget, daß solchen Fals die Eltern nicht einzelne Stüke, sondern ihre ganze Erbschaft nicht nach gewissen Quantis sondern Quotis abgetheilet haben müssen, und wenn ja noch diesfals einiger Zweifel sich äusern solte, man unbeschadet der Sache nur den Nahmen ändern, und eine solche Verordnung, darinnen obige gesezliche Vorschriften vernachläßiget, nicht Dispositionem, sondern nur Diuisionem inter liberos, bey welcher leztern

MENKE Pand. lib. 29. tit. 1. §. 11. j. 9.

nur gedachte Vorschriften wegfallen, nennen dürfte.

Si obiicias: Consulem et diem ideo necessarium esse, vt de illo quo condita diuisio sit, constare ac sciri possit an illo tempore disponendi facultatem parentes habuerint, aut si plures adsint, quaenam recentior, respondeo facultatem testandi praesumi nec nos de eo casu loqui, si plures adsint sibi contrariae voluntates.

Nuper autem quaestio proponebatur eiusmodi, vt quidem holographa esset matris substitutio, sed subscriptio nominis deficeret. Necessariam respondimus esse nominis subscriptionem. Ipsum responsum quoniam insuper alia continet ad hanc quaestionem attinentia adiiciamus. Haben der verstorbenen Christianen Elisabeth Rietschierin Tochter die Klinglingin sowohl als deren Sohn Carl der verstorbenen einige Gelder abgeborget worüber sie derselben theils Handschriften und unter solchen der Enkel den mit Num. 2. bemerkten Wechsel von 150: Thlr. eingehändiget, theils aber hat besagte Rietschierin auf besondern Zettelchen, wie viel die Tochter ihr ohne Handschriften schuldig geblieben angemerkt, jedoch noch bey ihrem Leben, sothane Schuldverschreibungen und Zettelchen oder Anmerkungen in einen Brief gesiegelt, worinnen folgender Inhalt befindlich gewesen:

> Meine liebe Tochter! Die Zettelchen so hierinnen sich befinden, sind in meinem Buche nicht eingeschrieben, die wil ich dir geschenket haben; Lebe wohl. Die 150. Thlr. aber sollen meinen Enkel Carl davon geschenket seyn. Lebe Er wohl.

wobey

wobey jedoch weder Nahmens Unterschrift noch Tag und Jahr beygeschrieben, wohl aber ausen drauf sich folgender Titel befunden:

> **Dieser Brief gehöret an meine liebe Tochter Johannen Christianen Klinglingin nach meinem Tode selbst zu geben zu eigener Eröfnung.**

Bey welchen Umständen:

> Ob sothaner Aufsaz von einiger Gültigkeit sey?

rechtliche Belehrung zu wissen von nöthen:

Ob nun wohl sothaner Brief als ein lezter Wille und elterliche Dißposition nicht bestehet, in Erwegung daß wenn auch gleich die Hinweglassung des Jahres und Tages der Gültigkeit eines solchen elterlichen lezten Willens an seinem Werthe nichts benimt

HOMMEL Rhapſ. Obſ. 354.

doch die Unterschrift des Nahmens selbst bey denen im übrigen eigenhändig geschriebenen Dispositionen schlechterdings erforderlich, weil sonst dieselben nicht einmahl einer Urkunde geschweige einem lezten Willen ähnlich, und wenn man die Sache als eine Schenkung betrachten will, die Acceptation, welche wenigstens bey der Rietschierin Lebzeiten nicht erfolget ist, gänzlich ermangelt. **Dennoch aber und dieweil** die Klinglingin und ihr Sohn Carl doch aus diesem Briefe, welchen sie der Klage beyzufügen oder dessen zu erwehnen gar nicht nöthig haben so viel ersehen können, daß sie: Es habe die Verstorbene noch bey Lebzeiten ihnen ihre Schulden erlassen, denen übrigen Miterben das Gewissen zu rühren im Stande, zumahl da der im Briefe erwehnte Umstand: Sie habe diese Posten nicht in ihre Bücher eingetragen, wenigstens einen stillschweigenden Erlaß präsumiren lässet, und aber zwar eine Schenkung nicht aber der bloße Erlaß einer Schuld einige Acceptation erfordert

HOMMEL Rhapſ. Obſ. XI.

solchem nach da der Erlaß bereits zu der Zeit geschehen, als die Verstorbene den Brief geschrieben und wie die bey Erwehnung des Enkels angehängten Worte Leb Er wohl! zu erkennen geben, sie auch den Enkel in diesem Briefe angeredet, wannenhero der Umstand daß die Rietschierin für gut befunden, es solle diese Schenkung erst nach ihrem Tode denen Schuldnern zur Wissenschaft

schaft gedeyhen, nichts zur Sache thut, mithin wie obgedacht dieser Vorfal zwar nicht als eine Schenkung doch aber sonst als eine Handlung unter den Lebendigen nehmlich als eine Erlaßung der Schuld sich betrachten läßet;

So mag zwar die Klinglingin und ihr Sohn Carl sich des Briefes, als einer Urkunde nicht bedienen, jedoch aber sind wenn die übrigen Miterben den zu deferirenden Eyd daß noch bey Lebzeiten ein Erlaß geschehen, abzuschwören unvermögend, diese auf denen sämtlichen Zetteln bemerkte Posten in die gemeine Erbschaft nicht gehörig, sondern als abgethan zu betrachten.

Et iterum mense Martio 1775. ita respondimus: Dieweil das Jahr und der Tag wenn die Eintheilung unter den Kindern gemachet, nur alsdenn zu wissen nöthig, wenn dergleichen mehrere Verordnungen vorhanden, wo aber nur eine zum Vorschein gebracht, auf den Tag und das Jahr weiter nichts ankommt, indem solches bloß unter die Feyerlichkeiten gehöret, die gleichwohl in solchen elterlichen Eintheilungen gar nicht nöthig sind, indem die bloße Gewißheit des elterlichen Willens alles ausmachet.

OBSERVATIO CCCLV.

Discrimen obseruantiae et consuetudinis.

Ad consuetudinem probandam tempus legitimum triginta annorum requiritur, Obseruantia autem ad tale tempus non adstrictum, sed sufficit, si breuiori spatio res saepius ita acciderit. *Pax Osnabr. art. V. §. 3.* vbi a se inuicem his verbis distinguuntur: *siue longo vsu, siue sola obseruantia.* Itaque obseruantiam demonstrans in possessione defenditur, vsque dum alter in petitorio consuetudinem probauerit, seu vt breuius dicam: Obseruantia Possessorium, consuetudo Petitorium fundat. Nec negligendae Obseruantiae in causis Politiae vbi in decidendis controuersiis non raro eandem vim habent, quam consuetudines.

OBSERVATIO CCCLVI.

Vocabulum Dienstzwang *est ambiguae significationis, mox enim indistinctam coactionem denotat, mox vero tantum protimisin, si liberi velint se aliis locare.*

Vtrumque simul exerceri nequit.

Si liberi se locauerint patri vel matri, domino nullum ius protimiseos competit. Neque tamen parentum nomine, si mater mortua, vitricus continetur.

Rusticorum liberi, oppidanas artes ruri exercentes cogi possunt, vt aut ad rusticum vitae genus redeant, aut biennium seruiant aut menstruum censum vnius floreni soluant. Itaque si non opidanas artes exerceant, sed patri adsistant in opere rustico, etsi decem liberos rusticus habeat, in nullum eorum domino coactio competit.

Liberi, se in vrbem conferentes opificii discendi causa debent prius seruiisse.

Elapso seruili biennio omnimodam libertatem consequuntur, vt nullo vnquam praetextu dominus eos denuo cogere possit.

Imbecilles aut perpetuo morbo laborantes cogi nequeunt.

Liberi qui non amplius in patria poteſtate, ſed ſui iuris ſunt, v. c. ſi matrimonium inierint, non tenentur ſeruitia offerre domino.

Cogi non poſſunt, vt in praediis ruſticis nouiter a nobili coemtis operas pro mercede locent.

A iure hoc ſeruitiorum bannario etiam immunes Auszügleri;

Nec cogi poſſunt Inquilini die Hausgenoſſen, *ſi hos exceperis, qui ſeruiendo victum quaerunt.*

Ius cogendi competit ei qui inferiorem iurisdictionem habet.

Patre mortuo, licet eius liberi minorenne praedium non adminiſtrent, ſed ſe in ſeruitia aliis conferant, tamen non ſubſunt coactioni.

De caetero autem filius vel filia ſubditi non debent extraneis operas locare, antequam iurisdictionis domino tres menſes antea ſe obtulerint.

Is ſi intra quatuordecim dies animum declarauerit, tenetur per biennium ſeruire pro mercede legali.

Etiam ſi filius vel filia non perpetua ſed temporaria ſeruitia v. c. meſſium tempore aut triturae, locare velint, domini praerogatiuam habent.

Si intra biennium seruile, parentes ipsi suis liberis indigere incipiant, et hoc per iudiciales personas commonstrent, aut si matrimonium incidat, alio famulo in locum sui substituto, eos dominus dimittat.

Dominus domicilii parentum praefertur domino originis.

Si filius nondum praestitis biennalibus seruitiis migrauerit et alio in loco praedium conduxerit, deinde vero bonis lapsus seruire cogatur, praefertur eius praesenti domicilio, dominus domicilii parentum.

1 Non loquimur in praesenti obseruatione de illis indistinctis prolis rusticae seruitiis, quae pacto ita constituta, vt sine discrimine omnes, etiam illi, qui operas elocare suas non constituerunt, per certum tempus seruire cogantur, quae quidem indistincta seruitia rara sunt nec in vlla lege sed pacto solum quibusdam in locis stabilita; sed dicemus potissimum de protimisi, quae dominis tunc demum competit, si subdi-
2 torum liberi suas operas extraneis locaturi sint. Extraneis inquam, vnde si quis suis, nempe patri, aut matri, siue haec vidua sit siue iterum nupta, se locauerit, domino nulla coactio. BERGER *Oecon. Iur. lib. I. tit. 2. thes. 8. num. II.* Mortua autem matre haec exemtio non extenditur ad vitricum BERGER *Elect. disc. For. in supplem. P. 2. tit. 5. n. XXXI. pag. 203.* quia soluto per mortem matrimonio nouercae aut vitrico non tribuuntur iuris beneficia, quae parentibus debentur. *L. 3. L. II. C. de furt.* At vero si liberi domi quidem remaneant, nec tamen parentibus in opere rustico adsistant, sed nendo, mercando aut opificium tractando vitam sustentent, ius est domino eos ad seruitia biennalia cogendi, a quibus se liberare nequeunt, nisi aut ad rusticum vitae genus redeant, aut censum menstruum vnius floreni ipsi soluant.

uant. Gesinde Ord. *tit. 1. §. 2.* In inquilinis denen Hausgenossen, qui patria potestate liberati sui Iuris sunt, non idem obtinere, inferius dicemus. Si autem seruitiis nondum aditis in vrbem addiscendi opificii causa migraturi sint, a coactione iure ciuili immunes sunt. BERGER 3
Elect. Disc. For. supplem. P. 1. tit. 5. num. XXII. p. 81. et in Oecon. Iur. 1. tit. 2. th. 8. num. 11. neque opus est vt hoc facto loco sui alium famulum sistant, vti homines proprii in Lusatia facere tenentur. In Saxonia Electorali autem post nuperrima comitia prouincialia lex die 6 Nou. 1766. emanauit, huius sententiae: Daß führohin ein jeder, so vom Bauren Stande herkommet, ehe er ein Handwerk erlernen kan, vier Jahre in hiesigen Landen, bey der Landwirthschaft und zwar, vorzüglich zwey Jahr bey seiner Gerichts Obrigkeit, zu dienen gehalten seyn, und bevor er, daß solches geschehen, durch obrigkeitliche unentgeitlich auszustellende Atteſtate nicht beygebracht, von keinem Handwerke bey 20 Thlr. Strafe in die Lehre aufgenommen werden solle. Si filia innupta subditi in vrbe suas operas, vt coqua, locare velit, iure communi tunc demum habet ius protimiseos dominus, si eam velit culinae non stabulo adhibere. BERGER l. c.

Hoc quoque saepius quaesitum: an si praestitis domino iurisdictionali seruitiis biennalibus, se velint aliis locare, dominus vero non illam 4
exiguam pacto vt plurimum introductam mercedem, sed eandem soluere paratus sit, quam extraneus obtulisset, praerogatiuam habeat? Videri poterat aliud esse ius illud indistinctum ab omnibus subditorum liberis sine discrimine, an se locaturi sint extraneis nec ne? seruitia biennalia exigendi, quod ex pacto domino et vrbariis quaesitum; aliud esse ius bannarium legale, quo ex Ordinatione Famulitia der Gesinde Ordnung tunc demum dominus vtitur, si liberi subditorum aliis operas locaturi sint, adeoque neutrum, cum vnum quodlibet ius ex diuersis radicibus natum sint, alterum consumere aut tollere, sed iunctim exerceri posse, quoniam diuersa sunt. Veruntamen cum ipsa Famulitia Ordinatio iis, qui per biennium coacti seruierint, plenariam libertatem concedat, et hoc ius bannarium legale tantum in subsidium, iis nobilibus qui nulla pactitia coactione gaudent, introductum sit, negauimus vtrumque ius simul exerceri posse, hisce sententiae verbis: Daß die Gerichtsherrschaft diejenigen Kinder ihrer Unterthanen, so bereits

 derge.

dergestalt gedienet, mit denen Zwangdiensten vor das künftige schlechterdings zu verschonen verbunden, quemadmodum etiam Scabini Lipsienses pronuntiare solent. Est enim talis omnimoda coactio odiosissima; quam ob rem nec vnquam praesumitur, sed si in vrbariis verba dubia, potius legalis illa moderata, quam illa indistincta praesumitur. Nunquam enim dilatandam esse interpretationem sed restringendam potius sequens ex BERGERI *Additamentis Elect. Disc. For. P. 2. ad tit. 5. p. 1809.* respon-
5 sum docet: Sind in dem Erbregister folgende Worte zu befinden: Die gesamten Inwohner des Dorfes sind schuldig auf Lichtmesse ihre Kinder zu Dienste der Herrschaft zu stellen, welche, so von der Herrschaft erkieset werden müssen, also bald ihren Anzug nehmen, und es wil, wie solche Worte zu erklären? Zweifel vorfallen: Ob nun wohl solch angegebenes Erbregister in gemein von allen Unterthanen, und daß selbige ihre Kinder jährlich auf Lichtmesse der Herrschaft zu Dienste zu stellen schuldig, redet, also dem Ansehen nach unter denen Kindern kein Unterschied, ob die Eltern ihrer bedürftig oder nicht, machet. Dieweil aber dennoch solche Extension, daß die Eltern ihre Kinder, wenn sie gleich selbige zu ihren eigenen Haushaltungen bedürfen, ihrer Herrschaft zu gestellen schuldig, in dem angezogenen Erbregister ausdrücklich nicht enthalten, auch weil solches der natürlichen Freyheit zuwider läuft, die Worte vielmehr einzuschränken und zwar von allen Unterthanen, nicht aber allen und jeden Kindern, sondern denenjenigen nur zu verstehen, so die Eltern in ihrer Haushaltung entrathen können, und bey Fremden sich zu vermiethen Vorhabens sind, diese Erklärung auch der Churfürstl. Sächßl. neuen Erledigung von Jahr 1661. cap. 3. gemäß ist; So hat es auch dabey billig sein Bewenden.

6 Quod autem huc vsque de seruitiorum coactione diximus, siue ille pactitia siue legalis sit, intelligendum de solis liberis non de patribus familias et sui iuris hominibus, vnde pronuntiauimus: Daß Kläger seiner Unterthanen Kinder nur so lange, bis sie sich verheyrathen, oder ihre eigene Haushaltungen anstellen, zum Dienstzwange zu erfordern berechtiget, wannenhero Beklagter, da seine Eltern verstorben ob er sich gleich an N. vermiethet, mit den Zwangdiensten zu verschonen. Vnde qui non amplius in patria potestate sunt, se locare possunt aliis pro lubitu, nec tenentur id antea denuntiare domino. Non ignoro quidem aliquando a nobis pronuntiatum esse, etiam patres familias se aliis locaturos oportere se offerre

offerre domino, *argumento Decreti Synodalis anni 1624.* §. wie denn auch *in Cod. Aug. Tom. 1. pag. 794.* Attamen re rectius perpenſa, cum verba huius legis non diſpoſitiua ſint nec enunciatiua, deinde etiam Mandatum ad Praefectos anno 1681. emiſſum *in Cod. Aug. Tom. 2. pag. 26.* ad quod nobiles ſaepius prouocabant, legis vniuerſalis vim nunquam nacta ſit, Ordinatio Famulitia autem omni in pagina ſolos liberos ſubditorum deſignet et haec duriſſima coactio fauorem ne minimum quidem mereatur, contrarium placuit. Verba Synodalis Decreti haec ſunt: **Wie denn auch andere Pfarr Kinder ihrem Pfarrer in der Erndte und ſonſt, wenn er ihrer bedarf, nechſt ihren Erb und Gerichtsherren, um billigen Lohn für andern arbeiten ſollen.** *Lex* ſane haec imperfecta, et diſpoſitio de nobilibus, loco alieno, vbi nemo quaeſierit inſerta: Quis non intelligit, legis eccleſiaſticae mentem non eam fuiſſe, vt his verbis nobilibus, quorum incidenter tantum mentio fit, ius adquirere voluerit. Itaque verba **nechſt ihren Erb und Gerichtsherren,** legali ſenſu ita capienda, ſi conſuetudinis aut praeſcriptionis iure nobilis talem in patres familias poteſtatem adquiſierit. Inprimis quod Auszügleros attinet, videri quidem poterat, quoniam quod cenſum et operas attinet, Auszügleri aequiparati ſunt **denen Hausgenoſſen** per Generale *anni 1709. in Cod. Aug. Tom. 1. pag. 1755.* hi inquilini autem ad ſeruitia praeſtanda cogantur per Ordinationem Politiae *1661. tit. 23. cap. 1. §. 1. in Cod. Aug. Tom. 1. 1593.* conſequi, vt etiam Auszügleri tunc ſaltim, ſi in iuuentute biennium non ſeruierint, id adhuc ſeruire debeant. Attamen cum textus allegatus Ordinationis Politiae loquatur de ſeruis erronibus **von dienſtloſen Hausgeſinde** h. e. **von Knechten und Mägden ſo auf liegen,** religio boni viri vix patitur, vt lege ſilente hominibus liberis ſeruitia imponantur, WERNHER *Tom. 3. pag. 137. Obſ. 192.* cum ne quidem in iis locis, vbi homines proprii et veri Germaniae ſerui, Hausgenoſſenii ad haec biennalia ſeruitia cogantur. POTGIESER *de ſtatu ſeru. lib. 1. c. 4. §. 46.* LVDOLPH *Continuat. Obſ. Camer. Obſ. 154.* In hac quidem materia tam variae ſpecies quotidie obueniunt, vt vna obſeruatione vix poſſim comprehendere. Habebat ruſticus quinque liberos omnes 7
adultos. Vni eorum cum dominus groſſum conducibilem mitteret, pater vero quinque ſuos liberos non oppidanas artes exercere, ſed in opere ruſtico ſibi adſiſtere, diceret, et ſcultetus cum ſcabinis hoc teſtarentur, omnes a ſeruitiis immunes pronuntiauimus.

Hoc

8 Hoc ius cogendi competit ei, qui iurisdictionem inferiorem habet, quia nec emphyteutici nexus nec superioris iurisdictionis hic ratio habetur WERNHER *Tom. 3. Obs. pag. 127.* Quum autem idem p. 128. perhibet, cogi posse liberos vt etiam in praediis rusticis a nobili
9 nouiter coemtis operas locent, nullo modo ei assentior. Transeamus ad aliam quaestionem: An post mortem patris pupilli, quorum praedium tutor administrat, si se aliis locare velint, teneantur se offerre domino? Negatur, quoniam ei, vt supra dictum est, hoc ius in filios filiasue familiae non in patres familias et homines sui iuris competit. Quid quod, ne tunc quidem, si praedium paternum tutor vendiderit, pupilli coactioni subsunt; vt praeiudicio confirmat KAESTNER *in Supplem. Promt. Bertochiani s. v.* Dienstzwang, et nostrum Mense Septembri 1766. datum responsum, quod huc transcribimus:

Ob wohl in dem uns überschikten Erbregister sämtliche Unterthanen ihre
10 Kinder, und zwar die Mannspersonen zwey, die Weibspersonen hingegen drey Jahre um ein bestimmtes Zwanglohn, sowohl nach beendigten Zwangdiensten, wenn sie solche ferner zu vermiethen gesonnen, um das Bauerlohn, welches ein Fremder giebet, jedesmal vor andern bey der Gerichts Herrschaft dienen zu lassen, auch derselben sie dazu anzubiethen versprochen haben, anbey aus dem beygelegten Kaufcontracte und der uns zugeschikten Erzehlung, daß der junge Lehmann eines dasigen Unterthanen leiblicher Sohn, und bis itzo daselbst wesentlich wohnhaft sey, auch dessen Stiefvater das ihm zugeschriebene Haus zu nuzen und zu verrechten habe, erhellet, derohalben und in Erwägung, daß Lehmann selbst den Unterthanen Eyd, Jugend halber, noch
11 nicht abgeleget, vielmehr sein väterliches Haus ihm einzig und allein zu Ersparung doppelter Lehn Gelder und Schreibekosten zugeeignet worden, zu Folge der bekannten Rechtsregel: wie jegliche Handlung, mehr nach ihrem wahren Wesen und Eigenschaften, als nach dem ihr gegebenen Scheine zu beurtheilen sey, als ob während der Minderjährigkeit, selbiger obbesagtes Haus keinesweges übernommen oder übernehmen können, folgsam nicht er, sondern dessen Stiefvater Hanns Kleeberg für einen Häusler zu Oberstein geachtet werden müsse, es das Ansehen gewinnt: hiernächst, daß wenn diese Ent-
12 schuldigung gelten sollte, dergleichen Entledigungen von dem Herschaftlichen Zwangrechte denen Unterthanen leicht zu erhalten seyn dürften, vorgewendet wird, immasen jeglicher einem Kinde sein Haus auf solche Be-

dingun-

dingungen überlassen, und dadurch die Gerechtsamen des Erbgerichtsherrn schmälern könte, dagegen aus Vergleichung der Geseze und Gewohnheiten, welchergestalt alle und jede Unterthanen der Gerichtsherschaft entweder zu zinsen oder Dienste zu leisten schuldig, und da Zinßen und Tagefrohnen ordentlich auf den Häusern und Gütern liegen, diejenigen, welche solche nicht verrechten, ob sie selbige schon als Eigenthümer zu Lehn haben, sich des Zwang Dienstes nicht entbrechen dürften, mit einiger Wahrscheinlichkeit gefolgert 13
werden möchte, wie denn verschiedene Rechtslehrer in zweifelhaften Fällen die Dienstbarkeit der Unterthanen, mehr als deren Freyheit präsumiren, hierüber die Chursächsischen Gesindeordnungen von 1661. und 1735. *Tit VII.* §. 8. daß eines Unterthanen Sohn oder Tochter, wenn seine Eltern, die ihn bey sich haben, oder er auch selbst sich einmahl an einem Orte wesentlich nieder gelassen, und dadurch das Forum domicilii erlanget, ob er sich schon an einem andern Orte zum Dienst und zur Arbeit oder auch in Pacht eines Guthes oder Hauses begeben, dennoch auf Erfordern selbigen Orts Obrigkeit zu dienen, und zu arbeiten gehalten seyn solle, deutlich verordnet, auch das Synodal Decret vom Jahre 1624. Cod. Aug. T. 1. p. 794. in der ausdrückli- 14
chen Verfügung, wie die Pfarrkinder ihrem Pfarrer in der Erndte und sonsten, wenn er ihrer bedarf, **nächst ihrem Erb und Gerichtsherren** um billigen Lohn vor andern arbeiten sollen, damit übereinstimt, besonders obangezogene allergnädigster Gesinde-Ordnung vom Jahre 1735. *Tit. VII* 15
§. 2. und 3. deutlich besaget, daß kein Sohn oder Tochter von einem Unterthan, der oder die sich entweder bey jemanden ordentlich zu vermiethen, oder auch nur ums Tagelohn zu arbeiten Lust habe, dergleichen zu thun eher befugt seyn solle, bis sie sich zuvor bey dem Erb und Gerichtsherrn des Orts, wo sie gebohren und erzogen worden, entweder selbst oder durch andere angeboten, hierauf, wenn die Herschaft ihrer Dienste und zwar Jahre, Wochen oder Tageweise selbst vonnöthen hat, Sohn und Tochter schuldig seyn sollen, ihr sowohl 2 Jahre um das in selbiger Ordnung gesezte Lohn vor einem Fremden zu dienen, als auch um den jedes Orts gewöhnlichen Scheffel 16
zu dreschen, oder alle andere Tage Arbeit um das gewöhnliche Lohn ebenermasen vor jedem Fremden zu verrichten, derowegen, wie die Absicht des Gesezes nicht dahin gehe, den Kindern derer Unterthanen besondere, sondern vielmehr dieselbigen Schuldigkeiten, welche ihren Eltern selbst zukommen, aufzulegen, mithin ansäßige Unterthanen gleichergestalt alle und jede Dienste nach Verschiedenheit ihres Zustandes der Herschaft vor-

züglich zu leisten, verbunden wären, und der junge Lehmann, da er sich an Bauern vermiethe, zum wenigsten, um dasjenige Lohn, welches Fremde geben, der Gerichtsherschaft vor andern zu dienen pflichtig sey, vermeinet werden möchte:

17 **Dennoch aber und dieweil** alle Dienstbarkeiten durch die Auslegung mehr einzuschränken, als zu vermehren, auch der Erbgerichtsherren Unterthanen freye Leute sind, welchen Ichtwas mehreres, als die Landesgeseze, Erbregister oder andere ausdrükliche Verträge und Gewohnheiten besagen, nicht zuzumuthen, hingegen die Gesinde Ordnung vom Jahr 1735. *Tit. VII.* §. 3. Kinder derer Unterthanen, und leztere nicht selbst, zu zweyjährigen Zwang Diensten angehalten wissen wil, auch von Erstern einzig und allein, daß sie sich zuförderst bey der Herschaft anbieten, und ihr 2 Jahr um das darinnen gesezte Lohn vor einem Fremden dienen sollen, verfügt, anbey nach solchen zweyen Jahren sogar in Ansehung der jährlichen Kinder Dienste dem Erbgerichtsherren einigen Vorzug weiter nicht gestattet, daneben auf dasjenige, was derer Wochen und Tage weise nöthigen Dienste halber verse-

18 hen, und womit das Synodal Decret in denen angezeigten Worten übereinzustimmen scheinet, bey Entscheidung gegenwärtiger Frage nichts ankomt, überhaupt lezteres Decret zum Besten der Gerichtsherschaften nichts weiter, als dieses, daß den Pfarrern vor ihnen oder zu deren Nachtheil einiger Vorzug nicht gegönnet werden solle, andeutet, hierüber in keinem Landesgeseze den Unterthanen, gleich ihren Kindern, der Gerichtsherschaft ein oder mehrere

19 Jahre zum Zwange zu dienen, aufgegeben worden, auch der junge Lehman, dafern er das väterliche Haus nicht angenommen, sondern entweder verkauft, oder mit seiner Mutter und Schwester in gemeiner Erbschaft ungetheilt behalten hätte, keinesweges zu dergleichen Dienst-Jahren verbunden gewesen seyn würde, ferner welchergestalt derselbe Eigenthümer des Hauses und ein ansäßiger Unterthan zu Oberstein sey, der mit dessen Stiefvater verabredeten Bedingungen ohngeachtet, nicht zu zweifeln stehet, zudem, daß lezterer dieses Haus besizet und verrechtet, dem jungen Lehman eben so wenig, als

20 eine Verpachtung seines Grundstüks, zum Schaden gereichen darf, immasen, wenn der Stiefvater Kinder hätte, diese zu den ordentlichen Jahrdiensten gewiß gezwungen werden, und dergleichen Verträge solchergestalt den Gerichts-Herschaften in andern Fällen zum Vortheile gereichen möchten, überdieses weder die Zueignung des väterlichen Hauses Lehmannen hat versagt

versagt werden können, noch dabey eine besondere Befreyung desselben von der Unterthanen Kinder Diensten nöthig gewesen, da von angesessenen Unterthanen das uns überschikte Erbregister die in Streit befangenen zweyjährigen Zwangdienste, so wenig, als einen Vorzug, welchen sie der Herrschaft bey Vermiethungen zu Bauerdiensten zugestehen müsten, erfordert; So ist Johann George Lehmann zwey Zwang Jahre zu dienen nicht schuldig. V. R. W.

Caeterum quod reliquas in rubrica notatas positiones attinet, illae omnes ex *Ordinatione Famulitia anni 1735.* depromtae, quam consulas.

OBSERVATIO CCCLVII.

Lex non tollit statutum aut priuilegium anterius.

Lex noua, nisi sanciat, vt contra eam statuta vel pacta nullo modo valere debeant, leges municipales non abrogat. *cap. I. de constit. in 6to.* Idem dicendum de priuilegiis, quae, lege generali contraria superueniente, non abolita censentur. LEYSER *Spec. XI. Med. 5.* Loquor autem de statutis a principe firmatis. Si enim non confirmata fuerint, valent illa quidem vt consuetudines. Consuetudines autem contrarias lex noua abrogat. *Coniungenda cum hac Obseruatione inferior CCCCLXIX.*

1 2 3

OBSERVATIO CCCLVIII.

A subhastationibus necessariis non per omnia argumentatio ad voluntarias valet.

Solennia non omnia, quae mores de sectionibus obseruanda in Subhastationibus necessariis, quae ob vrgens aes alienum fiunt, praescripserunt, ad voluntarias quae consensu coheredum ad indagandum verum pretium instituuntur, non extendenda esse, monuit rescriptum

 Regium

Regium ad Ordinem noſtrum Menſe Februarii 1738; in quo iacturam decimae partis pretii in voluntariis ſubhaſtationibus ceſſare, decernitur. Sic neque hypothecae neque onera per voluntariam ſubhaſtationem exſpirant. In voluntaria leges venditores ſcribere poſſunt emtoribus quaſcunque placet, nec tam iudex vendit, quam iudicis ſub auctoritate domini. Singularia quae in ſubhaſtatione neceſſaria obueniunt non ſunt effectus ſubhaſtationis ſed effectus concurſus creditorum quos effectus tyrones ſaepe confundunt, et ſubhaſtationi adſcribunt, quod ex concurſus proceſſui deſcendit, eſſentalia quidem ſubhaſtationis, de quibus in Obſ. DLXXXVI. diximus in voluntariis ſubhaſtationibus aeque adeſſe debent, non autem quae vrgentium creditorum concurſus ex accidenti vtilia facit. Habet tamen ſubhaſtatio voluntaria et neceſſaria hoc commune vt ceſſet remedium ex L. 3. C. de reſcindenda venditione vt aliquoties pronunciauit F. I. L. Non ſolum quia non certior nota veri pretii, verum etiam quia venditores ipſi adeſſe et vilius licitantes facile ſuperare poſſunt.

OBSERVATIO CCCLIX.

Ob ſtuprum nemo ex collegio Senatus mouendus. Vidua opificis ſtuprum paſſa non amittit ius opificium exercendi, niſi id collegii ſtatuta diſſerte iubeant.

1 CARPZOVIVS iuris Romani, quam Germanici, tenacior poſtquam *Lib. 6. Reſp. 100. et P. 1. Deciſ. 17.* mouendam eſſe ex collegio opificis viduam, quae ſtupro ſe polluerit, nec non ſenatorem, qui virginem vitiaſſet decreuerat, hunc gruem plures, vt fieri aſſolet, ſecuti grues. Obſtitit tamen MEVIVS ad Ius Lubec. P. 4. tit. 4. art. 1. *Stuprum*, inquit, *tranſitorium vel plerumque iuuentutis delictum eſt. Cuius reos velle munerum et artium incapaces reddere, quanta imprudentia ſit, aeſtimabunt, qui examina a praeſtantiſſimorum ingeniorum et optime de republica merentium vita anteriori, deprehendent cariturac magnis commodis meritisque ciuitates.* Conſentit Meuio LYNKER *Reſp. 185. num. 24.* Ego vero his potius quam Carpzouio ſubſcribo, propterea quod hic ipſe

ipse sat sibi constans non est, quando P. 2. const. 6. def. 14. ita scribit: *Quae palam se non prostituit, sed amore alicuius capta illi soli copiam sui fecit seque stuprari passa fuit, hanc neutiquam infamem asserere ausim, nec vllibi iura huic infamiam irrogant. Licet enim eiusmodi mulier ex praua et sinistra hominum opinione macula et infamia facti laborare censeatur, attamen vulgi opinioni falsae non inhaerendum est. Ab imperita enim multitudine qui pendet inter magnos viros non est numerandus.* Dicite iam quaeso amabiles mihi caeteroquin Carpzouiani manes, quomodo haec, cum vestris superioribus cohaereant? Non illic sed in his verbis vos veneror et cum ipse in Obseruatione CCX. Regul. 7. stabiliuerim infamem hodie per delictum neminem fieri, nisi cui per sententiam imposita sit nota infamiae, firmiter statuo: ob stuprum neminem ex collegio senatus aut opificio mouendum esse et probo ex *L. 5. ff. de decurion.* Multo minus meretricem ducens maculam contrahit, BERLICH *Decis. 299. num. 41.* BERGER *P. I. Resp. 132.* WERNHER *P. 7. Obs. 22. et* 2
170. adeoque ex collegio nulla ratione expellendus, nec opus est vlla vxoris legitimatione. Scilicet matrimonium etiam cum tertio contractum omnem stupratae maculam tollit. BERGER *P. I. Resp. 257.* 3
Sic et clericus, si stuprum detegatur ante quinquennium commissum non remouebitur a sacerdotio. Nam rigidiores quidam etsi quondam putauerint soli poenae praescriptum esse non scandalo, cui nunquam praescribatur. Nonne vero ipsa remotio poena est? Vnde recte GRIBNER *Obs. For. Eccles. Obs. 91.* sacerdotem ob stuprum ante quinquennium commissum sacerdotio non priuandum esse, recte pronunciauit. Nec vidua opificis quae se stuprari passa est, amittit iura Collegii. WERNHER *Tom. 3. pag. 309. Obs. 437.* quod nunc multo minus dubium, cum in Concluso Imperii de abusu opificum *§. XIII. n. 4. et. 5.* scriptum sit: Da aber ein Meister ein schweres Delictum verübet und nachgehends dessen abolition erlanget; Dann auch von eines Meisters Weib dergleichen Verbrechen begangen und von ihm, nach ausgestandener obrigkeitlichen Strafe und allenfals erhaltenen Restitutione famae wiederum angenommen wird &c. Praeterea ad I. P. S. lib. 1. art. 5. prouoco, vbi scriptum est: Ein Weib mag mit Unkeuschheit ihre weibliche Ehre kränken, ihr Recht verleurt sie aber damit nicht, noch ihr Erbe. *Vide supra Obs. CCXI. s. v. meretrix. et infra Obs. CCCCXXX.* In constitutione Henrici Iulii ducis Brunsuicensis de anno 1593. sancitum: Daß keiner wegen

eines ſtupri, ſeines Dienſtes, Amtes und Ehrenſtandes entſezet werden ſolle. Senator tamen e curia ob furtiuos huiusmodi amores tunc excludi poteſt, ſi ſtatuta collegii ita praecipiant. Mouetur autem ſenatu non propterea, quod ſtuprum infames homines faciat, hoc enim ſupra *Obſ. CCX. ſ. v. Meretrix* negauimus, ſed quod haec ſtatuta, vtpote non irrationabilia, ſeruanda ſunt HORN *Reſp. 19. pag. 119.* Nos in collegio facultatis menſe Nouembri 1779 immo ſaepius ſcultetos immo in quodam opidulo conſulem, non remouendos eſſe a magiſtratu, licet adulterium faſſi, et ſine inquiſitione tamen, aggratiati et carcere puniti eſſent, ſtatuimus, argumento L. 1. §. 5. ff. de poſtul. vbi ſcriptum eſt: *retinere quidem iam coeptum magiſtratum poſſe, adſpirare autem ad nouam penitus prohiberi.* Videmus enim multos, qui vt diuortium impetrarent, dicis cauſa, adulterium profeſſos, in ampliſſimis officiis conſtitutos, in quibus ante hanc confeſſionem iam collocati erant. Turpius eiicitur, quam non admittitur hoſpes *cap. 3. §. alioquin X. de iure iur. L. 8. §. 5. ff. de poſtul.* Vnde regulae noſtrae: viduam opificis ſtupro pollutam iura collegialia non amittere, hanc exceptionem addimus, niſi ſtatuta opificialis collegii id non diſſerte iubeant. Pactis conuentis enim vis ſua omnino conſeruanda.

An vero ſi ſtuprum paſſa in teſtamento praeferatur fratribus et ſororibus, locus ſit querelae inofficioſi dubitationem non leuem habet, quia, etſi infamis non ſit, tamen etiam leuis notae macula laborantes fratribus praeferri non debent *L. 27. C. de inoffic. teſtam.* Sed hoc quoque negandum, vt in peculiari Obſeruatione aliquando demonſtrabimus.

OBSERVATIO CCCLX.

Commercia libera ſunto.

Agat in republica ciuis et victum quaerat modis, quibuscunque velit, ſi modo legibus non prohibeantur. Haec libertas quaſi anima ſpiritantis et florentis reipublicae. Omnia ergo victum vtcunque quaerendi impedimenta, omnes quaeſtum faciendi remoras odioſas dico. Remoueatur ergo omne quod monopolium, quod priuilegium

ſapit.

ſapit. Breuis quidem lex: COMMERCIA LIBERA SVNTO, ſed, ſi poteſtatem eius et vim perſpicias ampliſſime. CARPZOV Deciſ. 104. num. 10. Beata respublica in qua leges libertatem quam minime reſtringunt, adeo vt etiam oderim leges aleam prohibentes. Si quis enim ſuam pecuniam perdere velit, perdat. Sane nummi in ciuitate remanent, ſiue is ſiue colluſores hos nummos poſſideant, adeoque reipublicae parum intereſt. Venetia luſu creuit. *Adde Obſ. DXIX, num. 9.*

OBSERVATIO CCCLXI.

Dotalia praeſumuntur omnia, quae tempore contractarum nuptiarum mulier in bonis habuit.

Iure Saxonico et paraphernalia per adulterium amittuntur.

Licet veriſſimum ſit, in dubio omnia mulieris bona paraphernalia ideo putari, quoniam dos et receptitia non alio modo, niſi per pacta fiunt, tamen haec regula fallit, ſi tempore contracti matrimonii coniuges nihil plane pepigerint, tunc enim omnia bona, quae coniux tempore nuptiarum habuit, dotalia putantur. WERNHER *P. 4. Obſ. 100. Schilter Exercit. 36. §o.* BERGER *Oecon. Iur. lib. 1. tit. 3. theſ. 10. in princ.* MEVIVS *P. 6. Deciſ. 66. et P. 7. Deciſ. 45.* Poteſt quidem, fateor, hodie matrimonium ſine dote eſſe, ſed vetus iuris reregula, quae dotem neceſſario requirebat, haec poſt ſe veſtigia reliquit. Accidit enim ſaepius, vt reiectis principiis concluſiones tenaciter retineamus. Adulterio commiſſo non dotalia ſolum, verum etiam paraphernalia, vt MENKE in Pandectis lib. 48. tit. 5. §. 9. docet, vxori pereunt iure Saxonico electorali, nam ius ciuile aliud praecipit, non amittit autem adultera fundos, non geradam, non receptitia, vt in *Obſ. DCIX.* dicemus. Item: intuitu paraphernalium in probatione illationis vxor gaudet reſtituti aut in integrum *Deciſ. Elect. 4.* ibi ihres Einbringen RICHTER ad h. l. Ergo naturam dotis indunt. Sed prioritatis ius in concurſu non habent paraphernalia attamen tacitam hypothecam.

OBSER-

OBSERVATIO CCCLII.

Donationes parentum et conferuntur et non conferuntur. Soli heredes conferunt. Donationes non imputantur legitimae.

1 Donationes, vt vocantur, ſimplices h. e. non ob cauſam acceptas, liberi non conferunt. Hoc cum a multis dictum, neque tamen ſatis clarum ſit, ita accipe: De quibus donationibus leges diſerte non iubent aut parentum voluntas praecipit, vt conferantur, illae nec conferendae. Dotem ſcilicet, quum donatio erat non voluntaria, ſed iure Romano neceſſaria, collationi merito ſubiicimus, quoniam hoc leges ita praecipiunt. Vbi autem leges conferendi neceſſitatem non imponunt, vix poſſumus donationes collationi ſubiicere. *L. 20. C. de Col-*
2 *lat. L. 18. C. fam. hereiſc.* Caeterum ſoli heredes conferunt. Itaque ſi quis ab hereditate abſtineat, collationi non eſt obnoxius, *L. vlt. ff. de dotis collat. Nouell. 92. c. 1.* WERNHER *P. 4. Obſ. 218. et P. 10. Obſ. 339.* Tandem quoniam ea, quae non conferuntur, neque in legitimam imputantur, facile patet, donationes parentum, quas non iuſſerunt conferri, neque legitimae portioni imputandas eſſe.

OBSERVATIO CCCLXIII.

Articulans fatetur immo et excipiens.

Dictatum erat veteris ſcholae: Articulans non fatetur. WERNHER *Enunc. 320.* SCHWENDENDÖRFER *Proceſſ. Fibig. pag. 1402.* Nam articulos probatoriales concipi aſſerebant in vtilitatem probantis, adeoque hos in reprobatione, tanquam inſtrumenta confeſſionem aduerſarii continentia, produci non poſſe; cum, quod in probantis vtilitatem permiſſum, in eius praeiudicium retorquere nefas ſit. Contra has, quas ſtupeo, nugas primus contra ire BRVNNEMANNVS *in Proc.*

Proc. Ciuil. cap. 17. num. 2. qui negat, ſe vllo modo comprehendere, quomodo pragmaticorum turba in haec deuia deflectere potuerit, cum articulum proponens aliquid vtique aſſerat. Cui ſapienti viro merito ſubſcribimus. Nam cum ad finiendas lites et enodandos, quos aduocati ſubdole ponunt, laqueos, confeſſio deliberato animo iudicialiter facta arripi et ſanctiſſime cuſtodiri debeat, vt ſupra Obſeruatione CCXVII. demonſtrauimus, eamque ob cauſam haec aduerſarii confeſſio regina probationum, merito dicatur, non video, quare cauillationes, in articulis excogitatas et ſimulationes parum probas adiuuare ſententiis noſtris fraudesque approbare velimus. Parum ille ſuae cauſae confidit, qui callide et aſtute in articulis falſa comminiſcitur. Itaque articulis probatorialibus recte aduerſarius in reprobatione tanquam publico inſtrumento vtetur. Bonam in primis fidem in Saxonia requirit Ordinatio recognita, quae *ad tit 16. §. 3.* inficiationibus et diſſimulationibus nequaquam fauet, vt etiam inficiationis poenas reſuſcitauerit. *Adde Obſ. CCXVII. CCCCV. DXCVII. DI.*

OBSERVATIO CCCLXIV.

Atteſtata eccleſiaſtica, ſteuralia aliaque, quae intuitu officii a quopiam ſcribuntur, publica putantur, adeoque ſine recognitione probant.

In proceſſu executiuo, ſi liberi creditoris certum petant, atque ab aduerſario legitimatio ad cauſam poſtuletur, eam, vt plurimum per atteſtata paſtoralia, patrem mortuum, petitores vero eius liberos eſſe ex quibus patet: peragunt. Quid igitur, ſi chirographum quidem reus recognoſcat, ſed de paſtorali atteſtato taceat, anne poſſumus hoc publicum putare? Imo vero publicum puto, adeoque ſine recognitione probare exiſtimo. At vero dixeris: quoniam, an ſacerdos vel aedituus ea vere ſcripſerit dubitari poſſit, reo diffeſſionem non adimendam videri. Reſpondeo, ſi haec dubitatio valeat et iudicialia quaelibet non publica futura eſſe, quoniam et hic dubitari poſſit, an iudex ea reuera ſcripſerit. Et tamen illa absque recognitione probant. Itaque in cae-

(margin: 1 beside line 1 of this paragraph; 2 beside "videri. Reſpondeo")

teris publicis attestatis intuitu officii a quopiam scriptis eadem ratio obtinere debet. Nonne quotidie videmus absentes mortuos declarari, per sola haec ecclesiastica attestata, a nemine recognita. Et vt res omnino clara fiat, ecce ita argumentor: Si attestatum pastorale ex libris ecclesiasticis non publica essent, plane essent irrecognoscibilia, vtpote iniurata. Sed irrecognoscibilia non sunt, sed vere probant, ergo sunt publica. Publica autem recognitione non indigent. Finge me ex paterna hereditate debitum exigere, meque ad causam per Attestatum ecclesiasticum legitimare. Debitorem suam quidem manum recognoscere, sed quoad custodis, qui attestatum scripsit, manus diffessionem se offerre. Sic ille me patris mei filium esse abiurabit, nec mihi potestas erit hoc demonstrandi, quia iudex de morte hominis non valide testatur. Si negas debitorem attestatum ecclesiasticum diffiteri non posse, respondeo tibi ex Pro. Ord. Rec. ad tit. 25. §. 2. neque ergo opus esse recognitione, vbi scriptum: Documente so nicht eydlich diffitiret werden mögen, sind keiner Recognition bedürftig.

OBSERVATIO CCCLXV.

De significatione verbi Erbegelder.

Viduus succedit in pretium ex fundo dotali vendito residuum, non autem ex residuo, quod vxori ex parentum praedio debetur.

1 Constitutio Electoralis 21. P. 3. quaestionem mouet: Ob das Erbegeld von dem Weibe auf den Mann verfalle? atque rem ita decidit: Wenn einer ein Weib hat, welche aus ihres Vaters, Mutters oder anderer verstorbenen Güthern jährlich zu ihrer Abfindung Erbegeld aufzunehmen hat, so seynd unsere Verordnete hierinnen einig, daß das unvertagte Erbegeld, weil es aus unbeweglichen Güthern bezahlet und abgeleget wird und noch darinnen stehet, als ein unbewegliches Guth auf des verstorbenen Weibes Er-
2 ben, das betagte aber auf den Man fallen und kommen soll. Si autem vxor fundum successione paterna maternaue ad se deuolutum vendat et residuum pretii, cuius dies nondum venit, ab emtore debeatur, mortua

mortua vxore hoc pretii residuum maritus capit. CARPZ. *Const. 21. P. 3. defin. 8. 12. 13. 16. et 32.* WERNHER *P. 8. Obs. 436. num. 3. et 4.* Distingue igitur unbetagte Kaufgelder ab unbetagten Erbe Geldern. Huic contraria videntur verba Ordinationis Processus Veteris tit. 42. §. fin. 3
vbi dicitur: Es wird aber Erbegeld vornehmlich und proprie dis genant, was man derer Erben einem, vor oder nach beschehener Theilung, zu seinem Antheil heraus zu geben schuldig ist; doch sol es gleichwohl nichts minders und ungeachtet der widrigen Meynung etlicher Rechtslehrer, die wir hiermit aus gewissen Bedenken verworfen haben wollen, **auch von dem Gelde verstanden werden, welches man von einem verkauften Guthe** von Jahren zu Jahren in weniger und geringer Anzahl abzulegen und insgemein, licet improprie, Erbegeld zu nennen pfleget. Hanc discordiam duarum 4
legum Saxonicarum ita solue, vt Constitutionem Electoralem dicas de successione, Ordinationis Processualis textum autem de mera praerogatiua in concursu agere. Secundum hanc distinctionem viduo, quod successionem in die unbetagten Tagezeiten fundi dotalis ab vxore venditi attinet, secundum Carpzouium, inter caetera mobilia, eam adiudicamus.

OBSERVATIO CCCLXVI.

Difficilis conditio impossibili aequiparatur in contractibus, et pro non scripta habetur in vltimis voluntatibus.

Probatur hoc ex L. 4. §. 1. ff. de stat. liber. L. 137. §. 6. ff. de verb. oblig. L. 2. ff. de his qui effud. vel. deiec. Vlpianus conditiones difficiles QVASI IMPOSSIBILES dixit *in L. 6. ff. de condit. instit.* in qua ait heredem institutum sub conditione: si intra triduum ipsi monumentum exegerit, heredem fore, etiam si intra triduuum non perfecerit. Sane intra triduum monumentum perfici posse, discimus ex CICERONE *de legibus lib. 2. cap. 26.* Sed difficile cum sit Vlpianus QVASI impossibile dixit. Similiter heredem ita institutum: Si ORATIONEM DOMINICAM OBOLO INSCRIPSERIT hereditatem etiam

non impleta conditione habebit, etiamsi hoc, quod iniunctum erat fieri posse, artifices facto ostenderint, tam arcte et compendiose scribentes vt etiam Homeri carmina nuci incluserint. Quoniam tamen, si non omnibus tamen plerisque hominibus impossibilis est, certe maxime difficilis, huiusmodi conditio, pro non adiecta habebitur: Vide supra Obs. LX, et infra Obs. DLV.

OBSERVATIO CCCLXVII.

Tempus longum est decem annorum.

Hoc ex materia praescriptionis notum. Licet autem Saxones annos triginta cum additamento anni et diei praescriptioni longi temporis Romanae substituisse videantur, tamen etiam apud nos hoc tempus 30. annorum longissimum, non vero longum, appellari debet.

OBSERVATIO CCCLXVIII.

Executores testamenti ad subeundum munus cogi nequeunt.

1 Ex sequenti sententia a nostro collegio mense Ianuario 1767. emissa facile patet, executorum testamenti munus non publicum et necessarium, sed priuatum, esse: Obwohl der verstorbene Graf in seinem lezten Willen seine beyden Freunde A. S. v. S. und G. B. zu Testamentswärtern ernennet, mithin daß sie sich dieser Pflicht nicht alsofort und nach eignem
2 Belieben entschütten dürften, dafür gehalten werden möchte. **Dennoch aber und dieweil** die Obliegenheit derer von einem verstorbenen eingesezten Executoren, welche in Römischen Rechten unerfindlich, und bloß in mittlern Zeiten hier und dar üblich worden, nicht dergestalt beschaffen, daß jemand zu Uebernehmung sothaner Sorgfalt gezwungen werden könte, immaßen dieses keine öffentliche und nothwendige Beschwerde, deren jeder sich unterziehen müsse, sondern lediglich ein munus voluntarium ist, also man nur iure

iure imperfecto hierzu verbunden ist, daneben die von dem verstorbenen Grafen ernanten solche Pflicht zu übernehmen, ihm niemals versprochen haben, ein Testirer aber niemanden, als seinen Erben zu etwas verbinden kan, auch überhaupt dergleichen Personen nicht für nöthig zu erachten, da die Geseze, auch ohne dergleichen testamentarische Vorsicht, von selbst für Aufrechthaltung der lezten Willen auf alle Weise sorgen, überdieses A. S. v. S. und G. B. verschiedene andere beträchtliche Entschuldigungen, weshalber sie mit solcher Beschwerde sich verschonet wissen wollen, angeführet; So ist 2c.

Vetustissimum exemplum huiusmodi executorum inuenio in veteri lapide apud GVTHERIVM *de iure Pontificio lib. 2. c. 8. Vineam augustalibus legaui a vobis autem augustales peto hanc voluntatem meam ratum habeatis et vt perpetuam firmam obseruetis curae vestrae mandetis quo facilius nota sit,* &c.

OBSERVATIO CCCXIX.

Condictio indebiti aduersus tertium possessorem competit.

Si de tua pecunia soluam meo creditori tibi aduersus hunc condictio indebiti non competit.

Condictionem indebiti, cum ex quasi contractu oriatur, facile patet personalem esse, quod et nomen condictionis satis innuit. Mirum ergo hanc condictionem interdum tertio dari, quod in hac actione plane singulare est et plane monstrosum. Ita enim in L. 5. ff. de condict. indeb. ait VLPIANVS: *Nec nouum, vt quod alius soluerit, alius repetat. Nam cum minor viginti quinque annis inconsulte adita hereditate solutis legatis in integrum restituitur, non ipsi restitutionem competere, sed ei ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est.* Eodem modo, si legata soluerit heres, ac deinde testamentum tanquam iniustum subuertatur, non quidem soluens, sed is, ad quem euerso testamento hereditas peruenit, condictione indebiti vtitur. *L. 2. in fin. L. 3. et 4. L. 46. ff. de condict. indeb.* Item si quis cum beneficio inuentarii adierit

 here-

hereditatem et legatariis, qui primi venerant, bona fide ſoluerit, quod facere licet, *L. 22. §. 4. C. de iure delib.* id quod amplius, quam inſufficiens patrimonium permittebat, ſolutum eſt, non a ſoluente, ſed a concurſu ſine creditoribus per hanc ſolutionem laeſis, condicitur, *L. 61. ff. de condict. indeb. L. 22. §. 5. C. de iure delib.* quoniam legatarii
2 mero lucro, cum creditorum damno, potiri nequeunt. His legibus ſuffultus quidam nuper aſſerebat: Si de tua pecunia ſoluam meo creditori, tibi contra creditorem condictionem competere. Hoc denegauimus, quia creditor ſuum recepit. Quaenam vero ratio diuerſitatis? Nempe exempla in legibus ſupra adductis loquuntur caſum, vbi ſoluens in errore erat, hic autem ſoluens minime errat; error autem eſt primum huius condictionis fundamentum. Item illic ſoluens plane non erat obligatus, hic vero obligatus omnino erat. Item illic condictio inſtituebatur aduerſus legatarios, qui mero lucro potiuntur, hic creditor ſuum recipit et damnum auertere laborat. Qui autem quod ipſi debetur accipit, nemini facit iniuriam. *L. 6. §. 6. et 7. ff. quae in fraud. creditor.* Ergo ſi de tua pecunia ſoluerim meo creditori, tibi non aduerſus hunc creditorem, qui ſuum accepit, ſed contra me competit
3 actio. Quid quod ſi fur creditori ſuo debitum nummis ſurreptis ſoluat, nemini hos creditori extorquebit. Ita menſe Februario 1767. regimini Martisburgenſi reſpondimus: Dieweil eine dritte Perſon wider den Empfangnehmer nur alsdenn condictionem indebiti anſtellen kan, wenn der Zahlende in einem Irthume geſtanden, in gegenwärtigen Falle aber der v. T. wohl gewuſt, daß er von fremden Gelde die Zahlung entrichtet, alſo der-
4 ſelbe durch dieſe Handlung ſich Klägerin allein verbindlich gemachet, übrigens mittelſt eines remedii ſubſidiarii nicht zu verſuchen, was man durch ordentlichen Weg Rechtens wider denjenigen, der eigentlich und hauptſächlich verbunden iſt, erlangen kan, *L. 49. §. 1. D. de fideiuſſ.* immaſen bloß denen Unmündigen vergönnet, daß ſie den Erſaz des Schadens entweder vom Vormunde, oder auch von demjenigen, mit welchem dieſer contrahiret, verlangen dürfen, und aber die Verlezung lediglich durch den v. T. entſtanden, deſſen Handlung Klägerin noch dazu dadurch, daß ſie Beklagtens Quittungen an Zahlungs ſtat angenommen, allerdings genehmiget, wannenhero ſie auch aus dieſem Grunde ſolche ihre eigene That nicht hinterziehen kan; So hat ihr Suchen nicht ſtat.

OBSER-

OBSERVATIO CCCLXX.

Generalia de rebus expeditoriis, De Heergewetta ſingulari militum.

Cum ex Indice Pertinentiarum germanica lingua edito in priori editione huius Rhapſodiae quaedam transſcripſerimus, nunc facti poenitet, immo ne pretium huius libri nimis creſcat, lectorem plane ad eum libellum placet ablegare et quae in priori editione repetieramus hic omittere.

OBSERVATIO CCCLXXI.

De portione ſtatutaria.

Vide quae in ſuperiori Obſeruatione lectorem admonuimus.

OBSERVATIO CCCLXXII.

De computanda legitima in feodis nouiter adquiſitis.

Haec quoque inſerta Indici Pertinentiarum in lingua Theotiſca ſcripto.

OBSERVATIO CCCLXXIII.

Si pater vel mater legitimos liberos in portione legitima instituat, licere ei omne reliquum patrimonium illegitimis aut concubinae legare.

Nouella 89. cap. 12. §. 2. non sinit liberis naturalibus, si legitimi adsint, a patre legari vltra vnciam. Puto hanc legem nihil apud nos valere, quoniam, vt Obseruatione LXXXIX. ostendimus, liberos naturales hodie nemo habet. Accipiunt hoc Helmstadienses Iurisconsulti apud LEYSERVM *Spec. 356. med. 12.* ac ex eo ipso, quod qui extra matrimonium geniti sunt, hodie ne quidem naturales liberi dicantur, adeoque his etiam inferiores sint, nouellam in vsu esse responderunt his verbis: Dieweil dieses Recht um desto mehr in denen heut zu Tage auser der Ehe erzeugten Kindern, welche ja weit geringern fauorem haben, stat finden muß. Plausibile argumentum, fateor, quod multo magis sustineri possit per regulam a nobis infra Obs. CCCLXXXIV. traditam: Quod in odium alicuius introductum est, non debet in eius fauorem redundare. At nihilo minus puto patrem, si liberis legitimis legitimam reliquerit omne reliquum patrimonium posse concubinae aut liberis extra matrimonium genitis relinquere. Nam antequam concubinatus lege publica penitus extirparetur, studebant legislatores variis machinis homines ab eo deterrere, quibus quidem artificiis hodie opus non est. Deinde cum naturales liberi olim cum legitimis in vna domo educarentur, facile fieri poterat, vt illegitimos plus pater amaret. Quod hodie longe se aliter habet, cum illegitimi extra domum illiberaliter educentur, immo pater plerumque eos ne quidem noscat. Ratione itaque legis sublata nescio an illa stare possit. Iuuat sententiam nostram L. S. C. ad SCt. Orphit. vbi IVSTINIANVS in fine: Si concubina liberae conditionis filium vel filiam ex licita consuetudine ab homine libero habita procreauerit, ad eos etiam iustis liberis existentibus et ex testamento et ab intestato aut liberalitate inter uiuos materna bona veniant. Adde Obs. DCXV.

OBSERVATIO CCCLXXIV.

Heres meus Titiae centum ſoluat, ſi ad annum aetatis XVI. perueniet. Hoc legatum conditionem non diem inuoluit, vnde mortua ante annum XVI. legataria, eius legitimis heredibus nihil debetur.

Si pater praeter legitimam etiam dotem filiae legauerit non debetur dos filia ante nuptias mortua, transmittitur autem, ſi loco et vice legitimae legauerit, tunc enim purum putatur.

Si pater dixerit: Heres filiae centum dato, cum nubet, purum legatum eſt et transmittitur, quia tantum tempus ſolutionis deſignatum videtur L. S. C. quando dies leg. ced. STRYK Caut. Teſtam. c. 20. §. 35.

Probat rubricam, quod menſe Octobri 1767. Facultas Lipſienſis Ioſepho Graſſi mercatori Reſponſum dedit verbis vti petierat latinis, quod totum tranſcribam; 1

Cum in Saxonia quidam codicillos ſcripſiſſet, in iisque vſus eſſet teutonico ſermone, qui latine verſus ita ſe habet: „Heres meus tenetur ſoro- „ris ſuae, adhuc viuenti filiae, B. I. G. ſi annum aetatis decimum et ſex- „tum attinget, decem mille florenos Brabandinos valoris Lüttichienſis ſol- „vere“ deinde poſt teſtatorem legataria, attamen ante annum decimum ſextum obierit, ex facto quaeris: 2

Vtrum heres in teſtamento ſcriptus teneatur legatariae B. I. G. legitimis heredibus hos decem mille florenos ſoluere?

TAMETSI VERO legati ſub die relicti dies ſtatim poſt mortem teſtatoris cedat, adeoque ad legatarii heredes transmittatur, illud autem de quo quaeritur,

3 *ritur, tale omnino videatur, quoniam particula Germanica* **Wenn**, *quam
testator adhibuit, promiscuae significationis est, si quidem illa pariter ad-
verbium temporis QVANDO atque etiam coniunctionem conditionalem
SI denotat: atque id ipsum aduerbium Quando haud raro non significat
aliud, quam: quo tempore, vt etiam Grammatici Aduerbium temporis id
appellare soleant, ex eoque colligi possit, testatorem magis tempus, quam
conditionem, respexisse; atque itidem altera particula SI non solum condi-
tionem, sed interdum etiam alia causarum genera: nempe modum et tempus
comprehendat; praeterea legatariae legitimis heredibus Lex. 5. C. quand.*
4 *dies legat. opitulari videatur, in qua scriptum est: Ex his verbis; Do lego
Aeliae filiae meae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum
statum peruenerit, non conditio, sed petitio in tempus legitimae aetatis di-
lata videtur, et ideo si Aelia vita functa est, ad heredem suum actionem
transmisit, vnde DIONYSIVS GOTHOFREDVS in notulis ad
hanc legem innuit: quoties in legatis aetatis mentio iniiciatur, particulam*
5 *SI diem potius, quam conditionem, indicare; In legatis autem sub die
certo legata ad legatarii heredes transmittantur (Obs. CCCCXLII.)
potissimum autem L. 46. D. ad SCt. Trebell. vrgeat, in qua IAVOLE-
NVS ait: Seius Saturninus archigubernus ex classe Britannica testamento
fiduciarium reliquit heredem Valerium Maximum trierarchum, a quo petiit:
vt filio suo Seio Occano, cum ad annos sedecim peruenisset, hereditatem re-
stitueret. Seius Occanus, antequam impleret annos, defunctus est. Nunc
Mallius Seneca, qui se auunculum Seii Occani dicit, proximitatis nomine
haec bona petit; Maximus autem trierarchus sibi ea vindicat ideo, quia de-
functus est is, cui restituere iussus erat. Quaero ergo: vtrum haec bona ad
Valerium Maximum trierarchum heredem fiduciarium pertineant, an ad Mal-
lium Senecam, qui se pueri defuncti auunculum esse dicit? Respondi: Fi-
duciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem caetera bona defuncti pertinue-
rint: quoniam dies fideicommissi viuo Occano cessit. Scilicet si prorogando
tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum
diem constituisse videatur, cui accedit* DIONYSII GOTHOFREDI *ad hanc
legem nec non* BRVNNEMANNI *ad eandem legem auctoritas, existiman-
tium: in tali legato diem, non conditionem, adesse.*

6 *VERVM ENIMVERO, vt ad haec argumenta verosimilia
quidem, nec vera tamen, respondeamus, longe certissimum est, propositiones*

quas

quas particulae, si, cum, quando inchoant, in dubio semper conditionem comprehendere, quae adimplenda est, si legatum peti debeat,

STRAVCH *in Lexico Particularum s. v. Si, et s. v. Quando.*

BRISSONIVS *de Verbor. signific. s. v. Si.*

nec obsit easdem particulas interdum etiam diem et tempus significare, cum omnes conditiones quauis in lingua per particulas si, cum, quando indicentur, nec vlla conditio fingi possit, quae non simul ad tempus quoddam se referat, unde verba: Si ad annos sedecim peruenerit conditionalia putantur,

HVBER *in Praelect. lib. 36. tit. 2. p. 1368. ibique* THOMASIVS.

FABER *de Error. Pragmat. Decad. 31. Error. 1. num. 22. seq.*

MENKE *Pandect. lib. 36. tit. 2. §. 2.*

Nec huic obstet Lex 5. C. quand. dies legat. si quidem verba eius: Do lego Aeliae filiae meae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum statum peruenerit, satis indicant, legatum hic purum et tempus solum solutionis prorogatum esse, quamobrem huic potius anteponimus L. 22. D. quando dies legat. vbi scriptum est: Si Titio, cum annorum quatuordecim esset factus, legatum fuerit et is ante quatuordecimum annum decesserit, verum est, ad heredem eius legatum non transire, quoniam non solum diem sed et conditionem hoc legatum in se continet, in quam sententiam L. 4. D. eod. et L. 49. §. 2. et. 3. D. de legat. 1. nec non L. 75. D. de condit. et demonstr. amice conspirant. Quod autem Seii Saturnini superius ex L. 46. D. ad SCt. Trebell. adductum fideicommissum attinet, facile inter hanc et L. 22. D. quand. dies legat. intercedens diuersitas cognoscitur, siquidem quod in laudata Lege 46. legatum non conditionale esse dicitur, id speciatim ob fauorem filiae introductum. 7 8

BERGER *Resolut. LL. Obstantium lib. 36. tit. 2. Quaest. 1.*

Vti etiam ex legato dotis cognoscitur, quae si ab extraneo legatur, semper conditionale legatum est et tacitam clausulam: Si nuptiae sequantur in se continet L. 21. L. 41. §. 1. ff. de iure dot. L. 71. §. 3. ff. de condit. et demonstr. vers: Ante nuptias quoties autem dos loco et vice legitimae, quae grauari non potest, a patre relicta filiae, purum est et transmittitur ad heredes, etiamsi nullae secutae fuerint nuptiae,

MENKE *Pandect. lib. 33. tit. 4. §. 1.*

CARPZOV *P. 3. Const. 13. def. 25.*

BERGER *Resp. 199. P. 1.*

in praesenti specie autem legatum non a patre proficiscitur, neque loco et vice legitimae relictum adeoque conditionale haberi debet, cuius dies vt in L. *5. §. 1. et 2. D. quand. dies leg. dicitur, non cedit, nisi conditio viuo legatario adimpleta fuerit: Quae cum ita sint,*

Heredem in testamento scriptum legatariae B. I. G. legitimis heredibus decem millia non debere, statuimus.

Vide etiam infra Obs. DX. et CCCCXLII. Post hoc latinum responsum addo et Germanicum mense Octobri 1779. datum. Hat August Adolph von Hoyer nach seinem Tode zwey Ritterguther, so Mannlehne, darneben verschiedenes Fahrniß, aber auch Lehn und Erbschulden hinterlassen, und in seinem lezten Willen denen beyden hinterbliebenen Söhnen die Ritterguther, den beyden Töchtern aber, deren eine verheyrathet die andre aber ledig gewesen, jeglicher 1500 Thlr. wie er sich ausdrückt pro Dotatione subsidiaria vermachet, welches Testament sämtliche Kinder anerkant, auch darüber hernach einen Erbvergleich abgeschlossen, Inhalts dessen der älteste Sohn das eine Ritterguth angenommen, und nebst andern Schulden an seine ledige Schwester 1500 Thlr. dergestalt, daß sie damit als der ausgesezten Dotatione subsidiaria zufrieden seyn, und solche bis auf halbjährige Aufkündigung, unterdessen aber landübliche Verzinßung, in dem Guthe stehen lassen wolle, zu bezahlen übernommen; Nachdem nun selbige unverheyrathet mit Tode abgegangen und ihre Mutter als Intestat Erbin nach sich gelassen, so entstehet die Frage:

Ob dieser verstorbenen Fräulein ausgesezten 1500 Thlr. wieder in das Lehn zurük, oder deren Mutter zugefallen?

Ob nun wohl in dem väterlichen Testamente und dem darauf gebaueten Erbvergleiche die Sache ganz ausdrüklich eine Dotatio subsidiaria genennet wird, und aber die von deren Contrahenten selbst einer Handlung beygelegte Benennung, die beste Auslegung giebet, und ihre Absicht am deutlichsten beweiset *(Obs. DCLXIV.)* Auch wohl zu glauben ist, daß die beyden Töchter aus

dem

dem Fahrnisse ebenermaasen ihr Erbtheil bekommen haben werden, so daß diese 1500 Thlr. nach der Natur und Eigenschaft des Pflichttheils, so mit keinen Rückfal beschweret werden darf, nicht zu betrachten, sondern ein bloßes praelegat zu seyn scheinen.

Hiernächst der von einigen Rechtslehrern

LAUTERBACH Colleg. Pract. lib. 33. tit. 4. §. 5.

gemachte Unterschied, daß wenn ein dritter einem ledigen Frauenzimmer die Ausstattung vermachet, die Hochzeit wirklich erfolgen müsse, hingegen wenn dieses der eigene Vater thue, das Vermächtniß schlechterdings zu verabfolgen sey, wenn sie auch unverheyrathet stürbe, annoch einigen Zweifel

arg. L. 71. §. 3. D. de condit. et demonstrat. *vers: Ante nuptias.*

unterworfen und nur alsdenn völlig wahr ist, wenn ein Vater anstat des Pflichttheils eine Mitgift ausgesezet, als z. B. wenn er verordnet hätte: **Meine Tochter sol 500 Thaler als ihr Pflichttheil und zum Heyrathsguthe aus meinen Güthern erben**, da denn eine Absonderung der Mitgift von dem Pflichttheil zu machen nicht gebräuchlich, dahingegen wenn der Vater die Tochter zuförderst im Pflichttheile zur Erbin ernennet, und hernach noch besonders ihr ein nahmentliches zum Heyrathsguthe vermachet, in Ansehung des leztern eben so gut, als in dem Testamente eines Fremden, die Heyrath wirklich erfolgen muß, weil das Wort Mitgift sich auf die Heyrath beziehet und ohne solche nichts bedeutet, auch der Bewegungsgrund daß besagtes Pflichttheil nicht mit einer Bedingung beschweret werden könne, alsdenn hinfällig wird, wenn sie daßelbe besonders erhalten, anbey soviel die in Lehnrechten denen unberathenen Töchtern bestimte Ausstattung betrift, dafür gehalten wird, daß denen Töchtern, wenn sie unverheyrathet sterben, keine Mitgabe aus dem Lehne gebühre

ROSENTHAL de Feud. cap. 7. conclus. 47. num. 9.

noch dergleichen von ihren Erben gefodert werden möge, also daß rechtlicher Auslegung nach es scheinen dürfte, als habe der v. Hoyer in seinem Testamente und die Brüder im Erbvergleiche weiter nichts, als nur die eigentliche Summe, wie hoch die Mitgabe sich erstreken solle, bestimmen, übrigens aber alles bey der Vorschrift der gemeinen Rechte lassen wollen, wannenhero, daß die der verstorbenen Fräulein ausgesezten 1500 Thlr. zwar nicht in das ge-

samte Erbe, auch nicht an den ältesten Sohn alleine, jedoch an beyde Brüder zugleich fallen, Mutter und Schwester aber ausgeschlossen werden müsten, es das Ansehen gewinnet, und die daher zu besorgende Verwirrung welche bey dem Ausrechnen sich hervorthun möchte, sich etwa wohl noch heben ließe.

Dennoch aber und dieweil da der Testirer wohl gewußt, daß die Töchter aus dem Fahrniße ihr Erbtheil besonders haben würden, immaasen wenigstens die bey so starken Landgüthern befindlichen Inuentaria was ansehnliches betragen müssen, eine Tochter aber so nicht gänzlich unbemittelt, aus dem Lehne kein Heyrathsguth verlangen kan und gleichwohl der verstorbene v. Hoyer sowohl der ledigen als verehlichten Tochter annoch 1500. Thlr. besonders aus den Lehngütern verordnet hat, man wohl siehet, daß er seine Söhne mit 3000 Thlr. zu beschweren die Meynung gehabt, und nur sein rechtlicher Rathgeber der Sache eine nicht angemeße Benennung einer Dotis subsidiariae, welche, wenn die Töchter von Fahrnisse ihr hinlängliches Erbtheil erhalten, wegfält, beygeleget habe, wie denn auch bey der verheyratheten und bereits ausgestatteten Tochter, welche leztere eben so wohl als die ledig verstorbene nach des Vaters Testament 1500 Thlr. haben sol, diese Benennung gar keinen vernünftigen Sinn in sich halten würde, weil verheyratheten Töchtern, die ihr Ehemann ernähren muß, weder Alimente noch Ausstattung gebühret, und aber alsdenn, wenn offenbar die Worte mit dem übrigen Zusammenhange streiten, die einer Sache gegebene falsche Benennung nichts bewirket *(Obs. DCLXIV. num. 3.)* vielmehr die gebrauchten Worte dergestalt, daß die Sache eher bestehe, als dahin falle, erkläret werden müssen,

L. 12. D. de reb. dub.

L. 3. D. de nullis testam.

L. 109. D. de legat. I.

Besonders aber und hauptsächlich, was selbst allerseits Hoyersche Erben unter einander dieser lezten Willens Meynung für einen Verstand beygeleget? der darauf gebauete und oft erwehnte Erbvergleich am sichersten zur Hand giebet, in welchem die Brüder diem legati iam cessisse dadurch ausgedrüket, daß sie die einer jeden Tochter beschiedenen 1500 Thlr. nach halbjähriger Aufkündigung zu bezahlen, unterdessen aber landübliche zu verzinßen sich erkläret, mithin da auch der verstorbenen ledigen freygestanden hätte dieses Geld bey ihrem

ihren Lebzeiten einzuheben, diese Summe als ein Erbtheil und das Vermächtniß als ein unbedingtes anzusehen:

> So sind die der verstorbenen Fräulein versprochenen 1500 Thlr. ihrer noch lebenden Mutter nach Erbgangsrecht zugefallen.

Ergo si pater, praeter legitimam, etiam dotem legauerit, non debetur legatum ea ante nuptias mortua, transmittitur autem ad heredes, si pater dotem loco et vice legitimae legauerit. Aliam exceptionem suppeditat BÖHMER *in Pandectis lib. 33. tit. 4. §. 3.* atque transmitti dotem a patre etiam nuptiis non secutis, si pater inuptae dotem legauerit, vt iam nuptis aequaret v. c. si dixerit: quia filiae meae maiores natu acceperunt mille dotis nomine, filia minor adhuc inupta totidem lego.

OBSERVATIO CCCLXXV.

In actionibus personalibus reo alibi habitanti citatio in fundum allodialem insinuari nequit.

Quod in feodis fieri solet, vt vasalli, immo etiam simultanei inuestiti, Saxoniae moribus actione personali conueniri, iisque citatio in feodum insinuari possit, id cessat in fundis allodialibus. BERGER *Elect. Disc. For. tit. Ob. 2. not. 3. p. 69.* RIVINVS *tit. 4. Enunc. 31.* 1
Si autem interdum in hoc suo praedio commoretur, adeoque domicilium duplex habeat, ei ad domum recte insinuatur. *O. P. R. ad tit. 4. §. 2. verb.* Wo auch derjenige. Item si in loco in quo praedium extranei situs, fuerit locus contractus, in praedium insinuari potest citatio. *L. 19. §. 2. ff. de iudic. cap. 1. §. 2. de foro compet. in 6to.* CARPZ. *lib. 2. Resp. 30. num. 8.* LEYSER *spec. 74. med. 4. et spec. 73. med. 5. et. 6.* Caeterum autem, quod in vasallis obseruatur, ius singulare putandum. Dicitur vero vasallorum id *forum vniuersale* atque foro domicilii comparatur. In aliis autem, qui in Saxonia allodiales fundos possident, personis exteris, si de personali actione sermo sit, subsidialis citatio requiritur. *Vide supra Obs. LXV. et infra Obs. DXVII. et DXC.* 2

OBSER-

OBSERVATIO CCCLXXVI.

Exceptio aditae cum inuentarii beneficio hereditatis non impedit executionem nec litis ingressum.

Spatium deliberandi heredes habent in litibus demum contra ipsos instituendis, non in litibus iam coeptis.

Distingue exceptionem spatii deliberandi, ab exceptione aditae cum inuentario hereditatis. Spatium deliberandi annuum nempe LII. Septimanarum *Decis. El.* 57. etiam in Saxonia heredibus competit, quoniam locus *in O. P. R. ad tit.* 17. §. 1. tantum de litibus iam pendentibus, non de actionibus nouis instituendis agit, vnde pronuntiare solemus: Daß Klägers Suchen noch zur Zeit nicht stat hat, sondern es wird Beklagtem die in Rechten verordnete Erbantretungs Frist billig nachgelassen. Coeptas autem lites non solum heres cum beneficio inuentarii hereditatem cernens, sed etiam deliberans continuare cogitur, ita tamen vt fatalia non nisi post quatuor menses ipsi currant O. P. S. ad tit. 17. Certe heres deliberans, si hereditatem administrat, tunquam curator hereditatis iacentis considerari potest, qui soluere cogitur.

Effluxo autem hoc deliberationis anno si conueniatur heres, plerumque is excipere denuo solet: Adhuc immaturam actionem esse, nam se adiisse hereditatem cum beneficio inuentarii, igitur expectandum petitori esse, an suffecerit? Haec exceptio inanis. Nam elapso spatio deliberandi heres respondere debet vnicuique creditori, ac si hereditas pure adita fuisset, L. *fin.* §. 14. *C. de iure delib.* sed in Saxonia Electorali tantum condemnatur hereditatenus, so weit die Erbschaft zureichend, h. e. vt creditori soluat ex hereditate, hac formula: Dieweil die in Gesetzen auf ein Jahr gesezte Erbantretungs Frist längstens verflossen, die Ausflucht aber: daß die Erbschaft mit Vorbehalt der Wohlthat des Inuentarii angetreten sey, von der Antwort auf die Klage so wenig, als von der Zahlung, so lange der Nachlaß zureichend, befreyet, übrigens Beklagter des Grundes der Klage geständig; so ist derselbe die gefoderten 100 Thlr. aus Stephans Nachlasse Klägern zu bezahlen verbunden. Primo venienti autem sine respectu praelationis

lationis secure soluere, qui cum beneficio inuentarii hereditatem adiit, notissimum est. *H. fin. §. 4. C. de iur. deliber.* De hac distinctione longe copiosius agamus infra *Obs. DXXXIX.* Inprimis autem iungenda hisce *Obs. DCCLXXXIII.* in qua ostendemus, intra annum heredem se declarare debere an beneficio iuratae specificationis vti velit, aut si hoc neglexerit, solidum simpliciter soluere.

OBSERVATIO CCCLXXVII.

Locator praedii nobilis non tenetur ad euictionem, si rustici operas debitas conductori denegent.

In vniuersitate rerum locata conductor rerum singularium fit dominus.

In *L. 33. ff. locati* statuitur: Si fundus, quem mihi locaueris, publicatus fuerit, aut si latronum incursu non licuerit eo vti, locatorem non quidem ad damnum et omne id quod interest praestandum, attamen ad restituendam aut minuendam mercedem teneri, eius scilicet temporis, quo fruitus non sim. Item in *L. 9. L. 19. § 6. ff. loc.* euictionem praestandam esse conductori luculenter scriptum. Ex hoc consequi videtur, idem valere, si rustici operas debitas conductori denegent. Nam in conductione si vicinus lumina obscuret, aut incendio alioue modo vsus promissus impediatur, etiam deseri posse conductionem nouimus. *L. 25. §. 2. ff. locat.* MENKE *Pand. lib. 19. tit. 2. §. 25.* 1

At vero se res aliter habet in vniuersitate rerum, quae in locatione feodi obuenit, locata. Neque enim dominus ipsas operas rusticorum, sed tantum ius eas exigendi, locauit. Adeoque ad summum colonus non prius a locatore quid repetierit, quam conuentos in iudicio rusticos operas non debere, iudicatum fuerit. Immo ne tunc quidem actionem contra locatorem tenere existimem, cum quoties bona fide ac sine fraude praedium cum omni iure locatum est, colonus ipse curet et videat, vt operae a rusticis praestentur. Id multo minus dubium, si omnia per auersionem locata fuerint, quam clausulam in 2

4 Bausch und Bogen tacite inesse locationi puto, etiamsi disserte non exprimatur. Nam in vniuersitate rerum locata euictio singularium rerum non praestanda *arg. L. 1. C. de euict.* Nempe quemadmodum grege vendito venditor euictionem non praestat, si hircus euincatur, quia gregem vendidit, non hunc hircum: ita in locatione vniversitatis simile obtinet. Vt ita pronunciemus vel sola commoditas suadet. Quid enim eueniet quosque in litium labyrinthos deducemur, si ob minimos defectus colonum retinere mercedem patiamur! Multa autem in iure commoditatis caussa aliter statuta, quam iure summo fieri debebat. Ecce rationes sententiae, quam Regiminis Martisburgici nomine 1767. Lipsiensis Facultas tulit: Obwohl Kläger darüber, daß
5 er wegen verweigerter Frondienste bey Beklagtens eigenen Gerichten Hülfe gesuchet, solche aber nicht erhalten habe, Beklagten das Gewissen gerühret.

Dennoch aber und dieweil sothane in alzu gemeinen und nicht satsam bestimmten Worten abgefaßre Eydes Delation für unstathaft zu achten, hiernächst Kläger in dem von ihm selbst beygebrachten Pachtbriefe, daß er sich die Beschaffenheit des verpachteten Ritterguthes und dessen Nutzungen satsam bekannt gemacht habe, schriftlich eingesteht und bekennet, ein solches auch die Obliegenheit eines jeden, der eine Sache kaufet, oder miethet, mit sich bringt, daß er sich um deren Beschaffenheit bekümmere, wiedrigenfals derselbe den daraus entstehenden Schaden sich selbst zuzuschreiben hat, hierüber annoch Kläger in nur gedachten Pachtbriefe: daß er einige Gewährsleistung dieser oder jener besondern Nuzungen nicht verlangen wolle, sich anerkläret, diese Worte aber nicht allein an und für sich deutlich, sondern auch deren Verstand aus denen vorhergehenden: **In Bausch und Bogen** sich noch mehr ergiebet, wie denn Kläger, daß ihm das Ritterguth nach einen gewissen Erbzinß-Buche und Frohn Register verpachtet worden, anzugeben nicht vermocht, sondern zugestehen muß, daß ihm solche Bücher nur lediglich zu Beobachtung und Kenntniße der Gerechtsame des Guthes übergeben worden, So ist rc.

6 Eodem modo Mense Octobri 1767. cum quis contra senatum Grünhaynensem his circiter verbis insurrexisset: Es hat mir der Rath in Grünhayn den Salzmarkt verpachtet, gleichwohl aber der Landfuhrmann Fiker sich angemaset, mich in dem erpachteten Salzmarkte zu beeinträchtigen,

da

da er seit einiger Zeit vieles Salz eingeführet und verkaufet, wann ich aber dadurch in Schaden gesezet werde, so bitte rechtlich erkennen zu lassen: Daß Beklagter Rath den Pacht Contract zu erfüllen, sowohl die mir durch Fikers Eingrif zugezogenen Schäden zu erstatten schuldig, petitor repulsam tulit ex hisce decidendi rationibus: Obwohl ein ungefährer Zufal mehr den Verpachter, weil er Eigenthümer, als den Abepachter trift und es mit einer verpachteten Gerechtigkeit fast eben so, wie mit andern vermietheten Sachen, beschaffen, bey welchen ordentlicher Weise der Verpachter den versprochenen Gebrauch der Sache seinem Abepachter gewähren oder widrigenfals demselben, wenn ein dritter den Nuzen behindert, zwar nicht die Schäden erstatten, doch aber, daß der Abepachter den Pachtschilling vermindere, sich gefallen lassen muß, L. 33. ff. *locat.* wenigstens daß Kläger nicht schlechterdings, sondern allenfals noch zur Zeit oder nur angebrachter Maasen abgewiesen werden sollen, sintemal Beklagter Rath alsdenn, wenn der Fuhrmann Fiker wider Klägern, im Fall dieser wegen zugefügter Beeinträchtigung selbigen verklaget, die Oberhand behalten und geschüzet werden solte, den Schaden zu ersezen schuldig sey, behauptet werden möchte. 7

Dennoch aber und dieweil in der mit ☉ bezeichneten Urkunde Beklagter eines Theils nur den Salzschank, nicht aber ein Verbiethungs Recht oder alleinigen Verkauf Klägern verpachtet, weil daß lezterer ein Monopolium haben solle, und man ihm solches gewähre, weder in sothaner Urkunde noch in der Klage angeführet, andern Theils aber Beklagter Rath nur sein Recht gegen einen jährlichen Zins ihm überlassen, daß aber Beklagter Rath Salz zu verkaufen befugt sey, nicht in Zweifel gezogen wird, also Klägern blos dieses Recht verpachtet worden, wannenhero da solches niemand evinciret, Klägern selbst oblieget, Fikers Beeinträchtigungen zu begegnen und mit selbigen die Sache auszumachen, sintemalen bey verpachteten oder verkauften oder sonst abgetretenen Gerechtigkeiten nur veritas, nicht aber bonitas zu gewähren, wannenhero Beklagter Rath für alle Beeinträchtigungen eben so wenig zu stehen verbunden, als der Pachter eines Ritterguthes, wenn die Bauern ihrer Frohnen sich zur Ungebühr verweigern, diesfals den Pachtschilling vorzubehalten berechtiget ist, wie denn von einem Verpachter die Erstattung der Schäden, wenn nicht er, sondern ein dritter solche verursachet, keinesweges gefodert werden mag, übrigens genug ist, daß Beklagter Rath das seinige erfüllet und Klägern das Befugniß Salz zu verschenken gestattet, auch zu allen Ueber- 8

flüße, wider Fikern, so viel als möglich, beygestanden; solchemnach Kläger nicht allein, weil Fiker wider ihn noch nicht ein obsiegliches Urthel erhalten, noch zur Zeit, auch weil er auf Schäden geklaget, angebrachter Maasen; sondern da kein ius prohibendi ihm verpachtet worden, schlechterdings abzuweisen gewesen; So ist rc.

OBSERVATIO CCCLXXVIII.

Creditor pignoratitius in concursu non tenetur liquidare, nec emanens creditum nec ius pignoris amittit.

Et Compensatio et Retentio locum habet in Concursu.

Vnica est iure electorali exceptio, ne creditor rem vnum ob debitum oppignoratam retineat, vsque dum ipsi alterius cuiusdam debiti nomine satisfactum.

Actiones liquidare nostras cogimur in concursu, non Exceptiones.

Conductor mercedem debens non tenetur liquidare in concursu locatoris, sed compensare potest gegen den Pacht Vorstand.

1 Non quidem creditor rem debitoris communis sub hasta emens nomen suum cum pretio soluendo compensare potest, quoniam emtor debitori communi antea hoc non debuit, sed moto demum concursu concreditorum debitor factus est. *) Nam tempus orti concursus vtique spectandum, quo concreditores inter se quasi contrahunt, et

*) Vide tamen Mandatum Electorale Saxonicum *de subhastationibus* perlatum, vbi §. 6. liquidissimum licitantis creditum, compensari, permittitur.

et locari se ita consentiunt, vt vnusquisque illo tempore fuerit potior.
Hoc satis PHILIPPI *de subhastat. c. 3. com. 12. num. 55. seq.* docuit, cui
subscribimus. Neque vero in praesenti de tali casu loquimur, sed po- 4
tius hoc quaeritur: Vtrum is, qui ante motum concursum debitoris com-
munis debitor erat, hoc suum debitum cum credito suo chirographa-
rio possit compensare in praeiudicium hypothecariorum? v. c. Loca-
tor praedii nobilis a conductore cautionis loco, quam Pachtvorstand ger-
manice dicimus, quingentos acceperat; Colonus vero mercede per mul-
tos annos non soluta bonis cedit, quo facto curator bonorum petit a
locatore nobili, vt cautionem quingentorum, quam detinet, ad mas-
sam soluat. Excipit nobilis non praestitae mercedis longe maiorem
quantitatem sibi deberi, adeoque se compensare et in his quingentis ius
retentionis exercere. Respondimus Mense Octobri 1767. hoc casu
compensationi locum esse. Etenim cum compensatio obligationem
ipso iure perimat, *§. 30. Instit. de act. L. vlt. C. de compensat. L. 4.
L. 12. C. eod.* etiam in concursu chirographarium creditorem, si cura-
tor bonorum ipsum conueniat, exceptionem compensationis opponere
posse pronunciauimus, non obstante creditorum prioritate, modo de-
bitor communis ante motum concursum liquidanti aliquid debuerit.
Nam et immissus antea creditor exorto postea concursu, in praedio
remanet iure communi neque illud sequestrari patitur. BRVNEMAN
Proc. Concur. c. 2. §. 6. et 8. Concursus enim subsequens ius antea
quaesitum non tollit BERGER *Dec. 476.* LVDOVICI Concurs Proc.
c. 1. §. 4. 5. Adde Obseruationem DCLXVI. Licet enim primo ad-
spectu id fieri videatur in fraudem concreditorum, tamen cum is, qui
suo iure vtitur, nemini iniuriam faciat, et per compensationem liqui-
dantis obligatio iam dudum peremta sit, recte dicimus liquidantem
nihil amplius debere. Nec tenetur eiusmodi creditor, qui aliquid ipsi 3
debitori debet, suum creditum liquidare, quamquam hoc faciat tutius;
sed, etsi omiserit liquidationem et curator bonorum ipsum conueniat,
se exceptione compensationis tuebitur; quoniam liquidationem negli-
gentes suas quidem in concursu actiones, non autem exceptiones per-
dunt, siquidem hae perpetuae sunt. *L. 5. §. fin. ff. de dol. mal. except.*
Saepius quaestio incidit an creditor pignus habens liquidare debeat?
Suadeo quidem, vt propter inconstantiam et lubricitatem iudicantium cre-
ditor id faciat cum verba O. P. R. ad tit. 41. §. 1. rem dubiam reddunt. Si

 tamen

tamen non fecerit nescio an praeclusus videri et adigi possit creditor gratis pignus reddere. L. *15. §. 5. ff. de re iudic.* Etenim creditor pignoratitius eo ipso quod non liquidauit, satis declarasse videtur, se ius in pignore retinere velle vsque dum id a concursu reluatur. Si quis autem dixerit Hyperocham tamen massae restituendam esse. Respondeo: hoc officium curatoris esse, vt actione contra creditorem instituta, hyperocham postulet. Vnde Witebergenses recte responderunt: Dieweil die Rechte, daß ein Pfand Inhaber das in Händen habende Pfand dem Concurse freywillig ausantworten und bey selbigen, ob der Curator dessen Einlösung für rathsam halte oder nicht, anfangen sollte, nirgends anbefohlen, vielweniger Poenam Praeclusi darauf sezen, folglich ein solcher Pfandes Inhaber des Curatoris Anspruch oder Anstellung actionis pignoratitiae Directe gar wohl abwarten kan L. 15. §. 5. ff. de re iudic. und dieses Gemein Recht in
4 der Proceß Ordnung nicht aufgehoben rc. Nec quemquam moueat, quod Ordinationi Processus Recognitae ad tit. 41. §. 1. in margine scriptum, his verbis: Das Ius Retentionis fält im Concurse weg, cum hic Marginali plane falso et in manifesto mendo cubanti textus plane non respon-
5 deat. Potius adscribam Rescriptum nostro Collegio datum per quod *Legi vnicae C. etiam ob chirograph. pec.* quodammodo derogatum est, et *in Concursu* creditori pignus *NB. ob aliud debitum* retinere, interdicitur: Hochgelahrte Liebe Getreue. Wir mögen euch hierdurch nicht verhalten, welchergestalt über die Frage: Ob dem iuri retentionis, bey entstandenen Concursu creditorum, eine Priorität vor denenjenigen, so ein besseres oder gleiches Recht nicht beyzubringen vermögen, beygeleget werden könne? Zweifel vorgefallen. Ob Wir nun wohl, wenn ein Creditor der für eine Forderung ein Pfand in Händen hat, nach Bezahlung derselben solches Pfand wegen einer andern Forderung, dafür es nicht unterpfändlich eingesezet ist, retiniret und existente concursu ex hoc iure retentionis, auch wegen der leztern Forderung, eine Priorität prätendiret, einiges Vorzugs-Recht stat finden zu lassen nicht gemeynet: So tragen wir dennoch solches ius prioritatis in allen andern Fällen, wo das Retentions Recht, als ein Quasi pignus, die Priorität nach sich ziehet, aufzuheben Bedenken und begehren demnach, ihr wollet euch im Sprechen darnach gebührend achten. Datum Dreßden den 1ten August 1764. Itaque cum hoc rescriptum in concursu creditori pignus solummodo *ob aliud debitum* retinere vetet, haec ex-

ceptio

ceptio nostram regulam firmabit, ob pignoratitium debitum creditorem pignus retinere posse.

Nec obstat O. P. R. ad tit. 41. §. I. per quam omnes Reconuentiones in Concursu sublatae putantur, quod haud ita vniuersaliter verum esse, ostendet Obseruatio DCCXI. Nunc claudat Obseruationem Facultatis responsum mense Maio 1777. datum Hat Frau Eleonore ein Ritterguth gekauft, und der Verkaufer die Gewähr zugesaget und versprochen, es frey von allen übrigen nicht mit übernommenen Hypotheken zu übergeben, sowohl die Lehn an dem verkauften Guthe und Zubehör aufzulassen; Nachdem aber kurz nach vollzogenen Handel der Verkäufer in einen Concurs verfallen und sich geäusert, daß solches Guth noch mehreren, als angezeiget worden, mit lehnsherrlicher Gunst verpfändet, zu gutem Glück aber Käuferin etwas von den Kaufgeldern, der Sicherheit halber, zurük behalten, und es wird: 6

> Ob Käuferin sich dießfalls bey dem *foro Concursus* zu melden nöthig gehabt, oder ob sie abwarten könne, biß sie *Curator Bonorum* wegen derer ihrer Sicherheit halber wegen etwa verschwiegener Grundbeschwerden, ungelöschter Consenße oder anderer Ansprüche halber zurük behaltener Kaufgelder, in Anspruch nehme?

rechtlicher Unterricht begehret.

Ob nun wohl alle und jede Personen, welche an einen in einen Concurs verfallenen Schuldner Ansprüche zu haben vermeynen, der Regel nach bey dem Iudicio vniuersali erscheinen, und ihre Anforderungen allda zu liquidiren und zu bescheinigen verbunden sind, und wenn sie solches unterlassen, in das in der Citation enthaltene Praeiudicium, daß sie nehmlich von gegenwärtigen Concurs für praecludiret zu achten, und damit sodann weiter nicht gehöret werden sollen, verfallen, mithin daß auch die Käuferin des Ritterguths, wenn sie sich mit diesen ihren Ansprüchen nicht in dem anberaumt gewesenen Liquidations Termine gemeldet, ihrer sämtlichen Ansprüche verlustig sey, es das Ansehen gewinnet, da dieserhalb allenthalben gesezliche Vorschriften vorhanden.

Dennoch aber und dieweil zwar ausgemachten Rechtens ist, daß ein jeder Gläubiger seine Anforderungen an den gemeinen Schuldner in dem Liqui-

Liquidations Termine anzuzeigen verbunden, davon aber ganz ohnstreitig Ausflüchte ausgenommen sind, welche man nicht eher, als biß man von dem Credit Wesen in Anspruch genommen wird, anzuzeigen schuldig, wie denn auch durch den entstandenen Concurs ein vorhingehabtes Recht nicht schlechter geworden seyn kan, so daß nicht einmahl ein Pfandglaubiger das Pfand eher, als biß er bezahlet heraus zu geben schuldig

L. 15. §. 5. D. de re iudic.

wie denn auch in dem unterm 1 Aug. 1764. erlassenen gnädigsten Befehle dem Pfands Inhaber nur untersaget wird, das in Händen habende Pfand auch wegen einer andern Schuld zurük zu halten, woraus nothwendig folget, daß er solches wegen der Schuld, weshalb er das Pfand erhalten, wohl zurük zu halten vermöge, und daß auch in andern Fällen dergleichen beobachtet werden solle, aus der privilegirten Leyhaus Ordnung zu Dreßden vom 8 October 1768. §. 25. deutlich zu ersehen, und folglich daraus der Schluß sich leicht ableiten läßet, daß ein Gläubiger mit seinen Ausflüchten sich bey dem Concurse zu melden, keinesweges für schuldig erkannt werden möge, wannenhero auch die Käuferin des Guths zu Bezahlung derer schuldigen Kaufgelder nicht eher angehalten werden kann, bis ihr die in dem Kaufe versprochene Gewähr, wegen derer darauf verpfändeten Posten, geleistet, auch ihr die Grundstüken selbst in Lehn und Würden gereichet worden. Endlich daß auch der Concurs gezwungen werden könne ihr das Guth in Lehn zu verschaffen (*Obs. CXCIII. et CCCXLVII.*) keinem Zweifel unterworfen.

So ist Frau Eleonore sich bey dem Concurse dieserhalb zu melden, nicht schuldig, sondern es kan dieselbe, wegen der ihr zustehenden erheblichen Ausflüchte, das *Ius retentionis* an denen Kaufgeldern wohl ausüben.

Confer Obseruationem DCLXVI. et CCCLXXVIII. in qua probatur conductorem non cogi vt cautionis praestitae summam liquidet in concursu, sed posse eam, cum locario compensare demonstratum est. Monstrat etiam in Saxonia Electorali Mandatum mense Septembri 1764. ad dicasteria missum, *in Suppl. C. Aug. tom. I. p. 411. 412. quod supra recitauimus*, ius retentionis etiam in concursu prioritatem operari. BERGER *Oec. Iur. lib. 4. tit. 21. th. 2. p. 923.*

OBSER-

OBSERVATIO CCCLXXIX.

Si quis Leuterationi Appellationi et omnibus remediis iuris renunciauerit, ſibi praeiudicat.

Pactum vt locator conductorem vi priuata exmittere poſſit, nullius momenti.

Solent locatores interdum hoc a conductoribus ſtipulari, vt, ſi mercedem non praeſtent, priuatim exmitti poſſint, cuius cauſa etiam exceptioni ſpolii in anteceſſum renunciare iubentur. Fieri id poſſe, fortaſſe ex noſtra ſuperiori Obſeruatione CCLIV. demonſtraueris, quia vnicuique fauore pro ſe introducto renunciare licet. At nihilo minus tale pactum, quoniam ad delinquendum inuitare videtur nullius momenti eſt. *L. 38. ff. de. pact.* Etenim ne quis ſibi ipſi ius dicat, non ſolum in debitoris verum etiam in magiſtratus fauorem introductum. Sed priuilegio alteri conceſſo alius fruſtra renunciat. BÖHMER *diſp. de Poena ius ſibi dicentis ſine iudice §. 17.* Adde noſtram inferiorem Obſeruationem DCXXII. Si quis tamen per tale pactum appellationi ſupplicationi omnibusque remediis ſuſpenſiuis renunciauerit, ſi appellatum ſit, iudex quidem apoſtolos dabit, ſed appellatio tanquam inadmiſſibilis reiicienda BERGER *Oec. lib. 4. tit. 28. th. 1. n. 4.*

OBSERVATIO CCCLXXX.

Volo vt hoc meum teſtamentum quomodocunque valeat, idem eſt, quam ſi clauſula codicillaris adiecta eſſet.

Non ſumus hodie tam rigidi formularum aucupes, vt praeſcripta verba vbique deſideremus; vnde ſi quis haec ſimiliaque verba teſtamento adiecerit, valebit hoc in vim fideicommiſſi, etſi clauſula ſolennis codicillaris deficiat. *L. 29. §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* STRYK *Cautel. teſtam. C. 23. §. 37.*

OBSERVATIO CCCLXXXI.

Possum tibi iusiurandum deferre, etiamsi instrumentum extraiudiciale habeas, id ipsum de quo iurare debes, demonstrans.

Excipiendae tamen ab hac regula apochae, post triginta dies elapsos, vbi iurisiurandi delatio cessat.

1 Si petitor in libello iusiurandum deferat, reus vero instrumentum proferat id ipsum, de quo iurare debet, commonstrans, illico solet ab omnibus conclamari: hanc esse exceptionem litis ingressum impedientem, propter quam iuris iurandi delatio insuper habenda et reus statim absoluendus sit. Hoc plane falsum esse demonstrabo. Neque enim debet meo iudicio hoc documentum a reo prolatum maiorem vim habere, quam documentum liquidum et guarentigiatum a petitore in processu executiuo prolatum, contra quod exceptiones illiquidas in reconuentione deducere reo permittitur. Cur vero in replica non liceat petitori, quod reo in exceptione illiquida permittitur? Decisam nuper
2 facti speciem enarrabo: Processu executiuo ex syngrapha, in qua rusticus seruitutem viae Iauoleno promiserat, agebat Iauolenus. Respondebat reus: iter ipsi se quidem promisisse, non viam; se autem inscio, clam et dolo malo Iauolenum pro itinere viam scripsisse. Alia ergo acta, alia scripta fuisse. Condemnatus secundum indolem processus executiui reus. Iam Reconuentione instituta, iuramentum de eo deferebatur: Iauolenum itineri scribendo callide substituisse viam. Lite negatiue contestata, Iauolenus se non iurare, sed conscientiam probationibus exonerare velle, profitebatur, atque esse iam in continenti conscientiam exoneratam per illam ipsam syngrapham in processu conuentionis dudum recognitam. Respondimus iusiurandum esse potentius instrumento, adeoque, si modo apocham excipias, posse alicui iuramentum deferri, etiamsi is instrumentum in manu habeat, id ipsum, de quo iurandum est, demonstrans, *arg. Ordinat. Proc. Rec. ad tit. 25. §. 6. in fin.* vbi deductio exceptionis: rem aliter actam aliter scriptam esse,

esse, per separatam actionem decepto permittitur. Aliud exemplum iurisiurandi delationem per instrumentum priuatum elidi non posse, inprimis si speciatim deferatur super hoc: ex errore scribentis aut etiam dolo malo aliquid falso positum, aliudque scriptum aliud contractum v. c. laudemii minuendi causa minorem summam in venditione expressam esse. Nuperius ita pronunciauimus. Dieweil Beklagter durch die ausergerichtliche Urkunde B. den ihm zugeschobenen Eyd um deswillen von sich nicht ablehnen kan, weil bey gebrauchter Gewissensrührung ein Beklagter nicht mehr als 3 Wege vor sich hat, nehmlich entweder den Eyd anzunehmen, oder zurück zuschieben, oder sein Gewissen mit Beweiß zu vertreten, zu welchem leztern aber Beklagter binnen der in der Pr. Ordn. tit. 19. §. 1 bestimter Frist sich nicht anerbothen und Klr. wider solche Urkunde, daß darinnen ein Schreibefehler vorgegangen, und stat 2000 nur 200 gesezet worden, eingewendet, und eben deswegen der Eydes Delation sich darüber, daß er Beklagten den Weinberg für 2000. Thlr. verkaufet habe, sich bedienet, welches die Erleuterte Proceß Ordn. ad tit. 25. §. 6. verstattet, So ist 2c. Generatim, quoties contrarium libelli a reo per documentum illico probatur, ea exceptio litis ingressum impediens nullo modo dici potest, nec agnosco vllam conscientiae defensionem in continenti factam. Exceptio enim litis ingressum impediens illa demum, si reus libellum v. c. se centum mutuo accepisse fateatur, sed soluisse iterum excipiat, et apocham producat. Si autem contrarium ipsius libelli ex documento quodam depromatur, plane haec dici nequit exceptio, sed verius est contrarii probatio, contra quam petitor audiendus. Disce ex vetustis rhetoribus: Inficiationis probationem non esse Exceptionem. Nempe reus se defendit aut negando: non accepi mutuum, id veteres *Inficiationem* dixere; aut fatendo: accepi quidem, sed eram filius familias; haec *Exceptio.* Sola exceptio in continenti liquida litis ingressum impedit, inficiationis autem probatio in continenti liquida petitorem non repellit, sed ille ad infringendum documentum admittendus, inprimis si per iurisiurandi delationem id instituatur. Testibus quidem documenta potiora, sed documentis fortior et potentior iurisiurandi delatio, vt pote quae etiam contra documenta priuata locum habet. Interea tamen iudicialia documenta supra Obs. XX. et CLXXIX. nec non apochas excepi, vtpote contra quas iurisiurandi delatio eas dolo elicitas esse, plane non admittitur, vt in Obseruatione CCL. diximus. *Adde Obs. CCLXII. et DLXXIII.*

DLXXIII. Nos mense Aprili 1775. pronunciauimus: Dennoch aber und dieweil die zu vermuthende und nicht zu bezweifelnde gerichtliche Treue und öffentlicher Glaube den höchsten Grad der Gewißheit in menschlichen Handlungen ausmachet und wenn dieser fallen solte, nichts wäre so man für wahr annehmen könte folglich da wider keine Zeugen, noch Gewissensrührung stat finden. Adde Obs. DCXCV. n. 10.

OBSERVATIO CCCLXXXII.

Error in nomine testium aut signo documenti admissus emendari potest.

Si producens in praenomine testis aut documenti signo errorem commiserit, atque iurare velit, hoc ex errore factum esse, poenam desertionis non incurrit. RIVIN. *tit. 20. Enunc. 64. et 65. et tit. 24. En. 12.*

OBSERVATIO CCCLXXXIII.

Si auctor rixae occisus.

Quisnam auctor rixae sit, non tam certa regula, quam iudex vt plurimum aestumat.

Auctorem rixae vulnerans non quidem in pretium doloris attamen in sumtus curationis condemnatur.

1 Auctor rixae verbalis, si deinde vulneratus fuerit, pretium doloris non petit, nihilominus tamen ei vulnerans, quoniam hic quodammodo excessu peccauit, tenetur sumtus curationis et damna restituere. *L. 52. §. 1. ff. ad L. Aquil.* PVFFENDORF *Tom. IV. Obs. 52.* Dissentit BERGER *in Elect. Crim. Supplem. P. 1. Obs. 25.* qui neminem debere ex improbitate sua consequi actionem asserit. *L. 1. § 11. ff. Si quadrup. paup. L. 12. §. 1. ff. de furt.* adeoque etiam curationis sumtus auctori rixae adimit. Sed placet mihi nostrum inter pretium doloris et sumtus curationis temperamentum. Nam poena licet moderatior infliga-

infligatur lacessito, tamen is non omni poena, adeoque nec culpa, caret. Qui autem plane inculpabilis v. c. moderamine inculpatae tutelae vsus est, nec pretium doloris nec sumtus curationis praestat. Est au- 2
tem auctor rixae non, qui prius verberat et sic pugnam incipit, vt ALFENVS in *L. 52. §. 1. ff. ad L. Aquil.* falso opinatur, sed is potius, qui ad iram primus, licet verbis tantum, prouocat; modo animum iniuriandi reuera habuerit. LYNKER *Decis. 1056.* Poterat enim ille, immo debebat, scire, scintillam vel vnam in fomento ignem suscitare. Nonne ergo illam iniiciens causa incendii? Sane omnes caedes, tumultus, bella et inter coniuges discordiae ex minimis et saepe ex vno verbulo oriuntur. Itaque si in continenti a verbis ad verbera deueniatur, iniurians 3
auctor rixae putandus. Quod si autem priori rixa iam sedata, iniuria affectus post aliquod temporis interuallum ac, vt certum quid definiamus, hora praeterlapsa aggrediatur verbis vel pugnis eum, qui prius laeserat, neuter auctor rixae putandus, sed quasi compensatione facta vterque pari modo culpabilis. Generaliter in quaestione: quisnam ex duobus contendentibus auctor rixae putandus sit? ALCIATI sententiam probo, neque eum, qui primus verba, nec qui primus verbera intulit, talem putandum esse, nec illam rem regula perpetua et omnino certa circumscribi posse, sed arbitrio iudicantium relinqui, vt ex personarum temporum et locorum circumstantiis, pro varietate casuum obuenientium, ipsi definiant et aestument, in quo maior culpa resideat, vt auctor rixae videatur? Offensionem vehementem, quam occisus intulit prius, a poena capitali homicidam liberare, docent LYNKER *Decis. 142.* nec non LEYSER *Spec. 601.* 4
med. 14. HERTIVS *in Paroem.* Auf eine Maulschelle gehöret sich ein Dolch. WERNHER *P. 3. Obs. 180.* BERGER *Elect. Crim. p. 104.* et BÖHMER *Tom. 2. P. 2. Resp. 1162.* vbi verba: Dieweil der Entleibte pro auctore rixae zu halten, und den euentum sich selbst nicht wenig zugezogen, ferner Inquisit durch diesen unvermutheten Anfal in summa animi perturbatione iustoque dolore et ira gesezet worden, und dann denen Rechten und Meynungen aller Rechtsgelehrten zu Folge ein in heftigen Zorn durch dergleichen Anfal gesezter Mensch, welcher weder autor rixae noch occasionem rixae gegeben, propter summam animi perturbationem iustumque dolorem mit der ordentlichen Strafe der Todschläger nicht zu belegen, sondern mit einer poena extraordinaria anzusehen. *L. 2. §. 2. ff. de poen. L. 23. §. 2. ff. ad L. Iul. de adult. Art. 142. Constit. Crim. Carol.* Est enim talis dolor tam acerbus et vehe-

mens vt vix a constantissimis cohiberi queat. CARPZOV. *P. I. qu. 6. n. 16.* Hierbey auch die conditio personae tam occidentis quam occisi nicht auser Augen zu sezen ꝛc. Adde eiusdem BÖHMERI *Resp. 1164. seq.*

OBSERVATIO CCCLXXXIV.

Odium in fauorem redundare non debet.

Regulae qua id, quod in alicuius fauorem introductum est, non debet in eius odium retorqueri, *L. 25. ff. de legib. L. 6. C. eod. cap. 61. de reg. iur. in 6to.* admodum conueniens illa, quam praesens rubrica loquitur. Nempe quod in alicuius odium introductum, eius in fauorem redundare non debere, quam non solum ipsa naturalis ratio, verum etiam *cap. 7. X. de iudiciis* et *cap. 5. X. de donat.* comprobat. Hinc ignominiose missus miles a muneribus ciuilibus non immunis. *L. 1. C. de his qui non implet. stip.* Sic sponsalibus sub conditione celebratis, ille in cuius fauorem conditio adiecta est, eandem remittere, et antequam impleatur, ad consummationem matrimonii agere potest. CARPZ. *Iurisprud. Eccles. lib. 2. defin. 24.*

OBSERVATIO CCCLXXXV.

Si in vniuersitatis mutuo non syndicus, sed singuli chirographum subscripserint, qui subscripsere, tenentur. Contra vniuersitatem executiue difficillime agitur.

Contra vniuersitatem ex mutuo executiue agi nequit, quoniam secundum *L. 27. ff. de reb. cred. et Decis. Electoral. 16.* ibique PHILIPPI versio in rem doceri debet. Ne quisquam existimet, hanc non tam libelli partem quam potius exceptionem in ius vocatae vniuersitatis adeoque, si non in continenti sit liquida, vilipendendam esse. Etenim, quoniam haec exceptio negatiua est, in processu executiuo statim libello inseri debuisset. HORN. *class. II. resp. 92. n. 4.*

Interea, si in ipso documento vniuersitas professa sit, se ad hostiles depraedationes auertendas hoc mutuum accepisse, versio in rem liquida putatur. Obs. CXC. Dissentit LEYSER *Spec. 482. medit. 9.* Caeterum autem si vtilitas illa altioris sit indaginis, condemnare solemus illos, qui Prosyndicos egerunt et pecuniam siue acceperunt, siue cum creditore vniuersitatis nomine contraxerunt, nec tamen in solidum, STRYK *Caut. Contract.*

tract. sect. 2. c. 1. §. 7. CARPZ. *P. 2. c. 6. def. 26.* etiam finito officio. Mouent nos scilicet laudatae legis 27. ff. de reb. cred diserta verba: *Ciuitas mutui datione obligari potest, si ad vtilitatem eius pecuniae versae sunt, alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non ciuitas, tenebuntur.* Eodem modo dux legionis conueniri poterit ex debito, quod legionis nomine contraxit, nisi disserte protestatus fuerit, se id non suo sed legionis nomine emere. Haec ita si petitor contra subscribentes egerit, si autem non contra hos sed ipsam vniuersitatem agat pronunciare solemus: Daß Beklagter künftig hin durch einen oder mehrere zu Recht bestellte Syndicen bey 5. Thlr. Strafe zu erscheinen, und weil aus der mit A bemerkten Urkunde executivisch nicht verfahren werden mag, nach vorgehender anderweitigen eine völlige Sächsische Frist in sich haltenden Ladung auf die erhobne Klage unter der Verwarnung, daß sie widrigen Fals der erhobnen Klage für geständig und überführt geachtet werden solle, zu antworten schuldig, Ferner darauf ꝛc. Dissensum aliorum collegit BARTH *Dissens. 111. et 113.* Vide etiam supra Obs. CLXXXVII.

OBSERVATIO CCCLXXXVI.

Turpe iudici impunitatem delinquenti promittere, quam dare nolit, vel non possit.

Quid honesto viro indignum magis, quam dolo malo impunitatem promittere et cauillationibus confessionem elicere delinquenti damnosam. Recte ZIEGLER in Dicastice Conclus. 29. §. 3. *Hoc intendere*, inquit, *nihil aliud est, quam illaqueare reum fraude et mendacio.* An iudicem decere putas, quod in priuato homine turpissimum et animi malitiosi non leue sed certum clarissimumque signum putatur. *Decis. Elect. 91. ibique* PHILIPPI. 1
Itaque si, tam ineptus, dicamne? an improbus iudex fuerit, ex nostra quidem sententia, non vt quondam IMMOLA et DECIVS statuerunt, ab omni poena liber erit delinquens, attamen semper poenae arbitrariae locus erit, qualecunque demum crimen fuerit. Vide ALCIATVM *de Praesumtionibus Reg. 3. Praes. 27. n. 4.* et AZEVEDONEM Hispanum ICtum, qui scribit iudicem peccare mortaliter non seruantem fidem promissam delinquenti et ipsum dicit nebulonem pessimum laqueo magis, quam quem ita suspendit, dignum. 2

Non magis quemquam decet sophismata fugere et fidem seruare, quam iudicem. (Obs. DLXXXVI. n. 8.) Cur ergo reos fallat, qui, etsi ciuitatis hostes dici possint, tamen et hosti fidem non seruasse, opprobrio 3

brio non caret. Infamis in historia PACHES, dux Atheniensium, qui ita fefellit ducem Arcadicum, vt eum euocaret ex oppido, quod defendebat Arcas, et polliceretur se in oppidum incolumem remissurum esse. Cum igitur in castra Pachetis venisset Arcas, retinetur vinctus; et quia abducto duce facilis erat oppidi oppugnatio, Paches illud capit. Postea Arcadem redire in vrbem iubet incolumem, vt promiserat. Huic fraudi scelus addidit. In vrbem reuersum nempe interficit. Quis vel mediocriter bonus non exspuit, quoties tale legit. Et tamen Canonistae inquisitoribus contra haereticos huiusmodi fraudes permittunt.

Mense Augusto 1772 Collegium Iuris consultorum Lipsiense ita rationes subduxit: Und die Zuredungen wohl gar noch zudringlicher als sie fol. 19. angegeben worden, gewesen seyn mögen, gleichwohl aber diese mit der Rechtschaffenheit, welche nicht verstattet, eine Verheisung daß die That ungestrafet bleiben solle, so der Versprechende nicht halten kan, oder wohl gar in der Absicht, damit eben dadurch der Betrogene in die Strafe gestürzet werden möge, schlechterdings nicht bestehen kan, (Obs. DXLIV.) Obstetrices, quae manus opitulatrices defloratis denegant, antequam verum stupratorem nominauerit, etsi non lucri causa, sed vt stolidissime putant, bona intentione faciant, puniendas esse dicemus in Obs. DCCLXI.

OBSERVATIO CCCLXXXVII.

Transactionem impugnans prius datum vel acceptum restituere cogitur.

Recte pronunciauimus: Daß Beklagter noch zur Zeit und bevor Kläger die in Ansehung des getroffenen Vergleiches bereits erhaltenen 40. Thlr. ihm nicht wieder erstattet, (nach Maasgebung L. 14. C. de transact. L. 96. §. 1. D. de solut.) sich einzulassen nicht schuldig, es ist auch Kläger die Unkosten dieses Termins Beklagten zu erstatten verbunden. Alia pronunciandi formula, quae tamen ab hac nostra non penitus abludit, hoc casu Witebergenses iurisconsulti vtuntur, quam inuenies im TEUTSCHEN FLAVIO s. v. Vergleich *num. II.* Vide etiam MENOCHIUM, qui in Consilio 644. hanc quaestionem ex professo tractat, et WERNHERUM *P. 6. Obs. 489. et Tom. 3. p. 116. Obs. 159.* Nos autem, cum supra *Obs. XVI.* demonstrauerimus, contra rem iudicatam restitutioni locum non esse, nisi restitutionem postulans prius sententiae paruerit, quoniam tansactionis eadem est, quam rei iudicatae potestas, *L. 20. C. de transact.* de transactionibus idem plane statuere debemus.

OBSER-

OBSERVATIO CCCLXXXVIII.

Veritatis exceptio rarius liberat a poena iniuriantem.

Si quis furem vocauerit furto condemnatum, aut meretricem, quae ſtuprum paſſa eſt, animo conuiciandi, non ſe liberat a poena iniuriarum, immo ne quidem mitigationi locus. Etenim non tam veritas verborum, quam libido et animus iniuriandi ſpectatur. *arg.* L. *14. C. de iudaeis et coelic.* L. *5. C. de iniur.* MENKE *Pandect. lib. 47. tit. 10. §. 10.* Pertinet huc locus C. C. C. art. 110. vbi de libellis famoſis: Und ob ſich auch gleich die aufgelegte Schmach der zugemeßnen That in der Wahrheit erfände, ſoll dennoch der Ausrufer ſolcher Schmach, nach Vermöge der Rechte und Ermeſſen des Richters geſtrafet werden. 1

Si autem, qui ipſe furtum paſſus eſt, laedentem furem, aut quae ſtuprum paſſa eſt, ſtupratorem hircum, aut maritus adulterum talem vocauerit, ob iuſtum dolorem poena pauliſper mitigatur, immo interdum ſecundum L. *10. C. de iniur.* pronunciari ſolet, vt denunciatus ante omnia ſuper furto examinetur, ac deinde demum de iniuria iudicetur. 2

In actione iniuriarum aeſtimatoria ſuper exceptione veritatis petitori iuſiurandum deferri nequit. BERGER *Elect. Diſc. Forenſ. tit. 18. Obſ. 3. not. 3.* 3

Attamen ſi non iniuriandi, ſed alios admonendi animo dixeris, vt ab agyrta, imperita obſtetrice aut ſportulas nimias aucupante aduocato ſibi caueant, quoniam ſine dolo crimen non committitur, plane a poena liberaberis, cum, ſi verum fateri velimus, praemio potius condecorandus ſis, vt in L. 18. pr. ff. de iniuriis PAVLVS ait: *Eum qui nocentem infamauit, non eſſe aequum, ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota eſſe et oportere et expedire*, nec enim decet laudando augeri malitiam L. *1. §. 4. ff. de ſerv. corrupt.* Hoc caſu igitur, ſi quis animum iniuriandi eiurauerit, probatio admittenda veritatis. Menſ. Auguſto Facultas regimini Byruthenſi ita reſpondit: Welches alles ermeldeter Glob nicht aus Liebe zur Gerechtigkeit ſondern bloß aus Rache und in der Meynung ſeinen Gegner in das Unglück zu bringen alſo angezeiget, und aber ſo gar die bewieſene Ausflucht daß das Vorgeworſene in der Wahrheit beruhe, zwar nach Gelegenheit die Strafe in etwas mildern, nicht aber von 4

selbiger gänzlich befreyen kan, sintemalen bey Injurien es lediglich darauf ankommet, ob der Wille den andern zu beschimpfen und seinen guten Leimuth zu schmälern vorhanden gewesen? weil, wer von dem andern eine Uebelthat weiß, selbige zwar zur Bestrafung dem Richter anzeigen nicht aber, da alle Selbsthülfe untersaget, eigenmächtiger Weise darüber sein Urthel fällen darf, daß aber die Beschimpfungen aus Leidenschaft und Schmähsucht nicht aber aus Liebe zur Gerechtigkeit entstanden, daraus abzunehmen, daß selbige in Bierhäusern und anderen öffentlichen Orten in Zorne vorgebracht, keinesweges aber bey des Beschuldigten Obrigkeit mit gelassenen Sinnen behörig gerüget worden, unerwiesene Vorwürfe aber um so weniger zu erdulden, je gewisser es ist, daß man nicht einmal denjenigen, der seines Verbrechens durch Urthel und Recht überführet, und dießfals sogar Strafe erlitten, in Jähheit des Zornes oder sonst aus Antrieb anderer Leidenschaften selbiges vorrüken dürfe rc. Plura vide in Obseruatione DCXXXIV, potissimum autem in Obseruatione DCLXXII. quae hanc materiam, quam hic obiter tantum et per transennam indicauimus, accuratius exponit.

OBSERVATIO CCCLXXXIX.

Si parentes ob iniuriam sibi illatam liberos exheredes scripserint, iniuria remissa non censetur, nisi mutato testamento.

1 Faciles quidem legum interpretes in praesumenda iniuriarum condonatione. Vnde nonnulli existimarunt, si liberi exheredati et parentes laesi aliquantisper conciliati atque inter se familiariter conuersati fuerint, exheredationem euanescere et testamentum ex accidenti inofficiosum fieri. Hoc autem adseuerare, non est aliud, nisi parentibus laesis interdicere, ne vnquam cum liberis vel leuiter in gratiam redeant, quod durum et bonis moribus parum conueniens. Credisne heredi ingratis liberis praelato, suam hereditatem adimi posse per solas mutatae voluntatis coniecturas? Hoc merito negandum. L. 22. *ff. de adim.*
2 *vel transfer. legat.* Praeterea, cum omnes remissiones sint arctioris interpretationis, actione iniuriarum remissa, non sequitur, vt etiam exheredationis poena remissa sit. Notum est, actiones etiam quae ad diuersa tendunt, se inuicem non tollere.

OBSER.

OBSERVATIO CCCXC.

In processu executiuo, si reus chirographum eiurauerit, sumptus litis compensantur.

Quia talis chirographi diffessio iureiurando vnilaterali perficitur, nec 1
petitor de calumnia iurat, videri poterat, reo instrumentum diffitente, pronunciandum esse: Daß Klägers Suchen nicht stat hat, er ist auch die verursachten Unkosten Beklagten zu erstatten schuldig, quae et WERNHERI sententia in Iurisprud. Formul. cap. 3. §. 9. vbi ait: *Secuta diffessione reum, simul cum necessitate sumptuum ipsi restituendorum absolui.* Negare non possum mihi hanc sententiam valde probabilem videri. Etenim ratio, quare in delato iureiurando actor a restitutione expensarum liberatur, non alia est, quam quod, si ambo iurauerint, iudex vternam vera dixerit? plane incertus fit. Haec ratio in iuramento diffessionis cessat. Quid? anne in expensas videar iuste condemnatus, si falsarius quidam me ex ficto chirographo conuenerit atque illud eiurauerim? Nihilominus tamen, quoniam falsum non praesumitur et 2
reus per talem diffessionem quodammodo testis in causa propria existit, nec alio modo, quam iureiurando, quod remedium probandi extraordinarium putatur, actionem lege concessam elidit, nostrum collegium compensare solet expensas, vt formula in meo FLAVIO s. v. Diffessio docet. Eodem modo litis sumptus compensari iubet ESTOR von Abfass. der Urthel und Bescheiden §. 1131. qui penitus nostram pronunciandi formulam adoptauit, quae certe nunc et mihi iuris regulis satis consentanea videtur.

OBSERVATIO CCCXCI.

Matrimonium sine proposito liberos creandi legitimum.

Libidinis extinctio sancti et casti matrimonii legitima ac primaria causa.

Sobolis procreationem primarium matrimonii finem esse, ex Sacra Scriptura non probatur.

Si marito grauidae vxoris thalamum conscendere licet, non est omnis legitimi concubitus finis liberorum genitura.

Ob sterilitatem non dissoluitur matrimonium, sed propter impotentiam siue imbecillitatem membrorum genitalium dissoluitur, ergo plus valet corporea delectatio, quam sobolis genitura.

Si ad sobolem omnia referenda, nullae erunt vetulae cum depontano nuptiae.

Praeter hominem animal nullum in coitu de sobole cogitat. Quod autem in omni animali reperitur, de eo dubitari non potest, quin iustum sit.

Amorem primariam nuptiarum caussam esse, per inductionem demonstratur.

Inclinationem vnius sexus ad alterum atque coeundi instinctum a Deo, adeoque honestum esse.

An fas sit homini de finibus diuinis et arcanis naturae consiliis sollicitari?

Voluptatis caussa initum matrimonium iustum esse, probatur ex sacris litteris et theologorum libris, deinde obiter ostenditur, quod Onanus fecit, turpe quidem facinus sed naturali iure tolerabilius esse et leuius, quam si quis puerum vel suem castret.

Non

Non est vt quibusdam videtur philosophia nostra bestialis.

Qui secundarium finem arripiat, neglecto principali, scelus non committit.

Satis mirari non possumus, in hoc, quo philosophi maxime regnant, seculo, falsam, vt nobis videtur, opinionem: matrimonium, quod liberorum causa non ineatur, profanum, turpe, Deo ingratum et sobolis procreationem vnicum atque supremum omnis legitimi connubii finem esse, apud iureconsultos quosdam et plerosque fere theologos tam altas radices egisse, vt pro veteri dictato, quod *in can. 41. Caus. 27. qu. 1. can. 1. et 3. Caus. 32. qu. 2.* L. *9. C. de nupt.* L. *2. C. de indict. viduitat.* L *1. ff. solut. matr.* L. *220. §. 3. ff. de verbor. signif. (ibique late Dionys. Gothofr.)* narrauere patres, quasi pro aris et focis pugnent, citiusque clauam Hercules aut fulmen Iupiter, quam illam opinionem nostri, sibi extorqueri patiantur. Quasi vero nefanda res sit, honestam et legibus probatam cupiditatem sequi! 1

Non erubuit celeberrimus Franciae iureconsultus et poeta STEPHANVS PASQVASIVS in epigrammate, se primas propter amplexus, vltimas vero propter mutuum adiutorium, nuptias contraxisse, nulla facta liberorum mentione, his verbis profiteri: 2

Vxores ego tres vario sum tempore nactus;
Cum iuuenis, cum vir, factus et inde senex.
Propter opus prima est validis mihi iuncta sub annis,
Altera propter opes, tertia propter opem.

Quare nescio, quibus turbinibus iurisconsultorum mens eo rapta fuerit, vt in solo matrimonio, vnicum tantummodo finem legitimum, caeteros omnes autem illegitimos statuerint. Quis enim in aliis negotiis de proposito et fine sollicitus? Aedes comparantur habitationis causa: ego vero, si non ad habitandum, sed quoniam commodiorem modum non habeo pecuniam tuto collocandi, aut splendoris, aut in horto etiam villaue solius amoenitatis causa domunculam aedificem, an quaeso peccauerim? Illi tamen, quos refutandos sumsi, si doctrinae

ſuae memores eſſe et dictata ſua bene cohaerere velint, neceſſario dixerint: grande ſcelus eſſe et maiori hoſtia expiandum, me ad habitationem, qui aedium primarius finis ſit, non reſpexiſſe.

3 Sed ad matrimonium redeo, quod ſine propoſito ſobolem procreandi legitimum eſſe, et Deo aeque gratum, quam quod liberorum cauſa ſuſcipitur, demonſtraturo, inter fines, vtar enim hoc verbo, quia ſemel receptum, varios, primo *mutuum adiutorium* ſe nobis offert, de quo hodie fere nemo dubitat, quin cauſa nuptiarum vera et iuſta videatur, immo diuinis etiam oraculis probata; ſiquidem non ſolum HIERONYMVS DELPHINVS, in ſua *de Eunuchi coniugio* collectione, reſponſa Conſiſtorii Lipſienſis et Theologorum Regiomontanorum, Gryphisualdenſium, aliorumque ſpadonibus fauorabilia congeſſit, verum etiam IOH. SAM. STRYKIVS in diſputatione *de fine matrimonii*, et PAGENSTECHER in diſputatione *de ſcopo matrimonii*, data opera et ex profeſſo, mutuam opitulationem ſupra prolis generationem extulerunt, et hanc primarium matrimonii claſſicumque finem eſſe, demonſtrarunt. Vidimus et alios, qui, nimis argute forſitan, hoc modo id docerent: Nempe dixiſſe deum initio ſtatim: non conuenire homini, vt ſolus ſit, ideoque adiutricem ei dandam eſſe vxorem: quibus verbis mutuum adiutorium innuatur, deinde demum dixiſſe: Creſcite et multiplicamini, quibus non primarium, ſed minus principalem et ſecundarium ſobolis procreationem matrimonii finem eſſe, ſignificetur. *) Caeteras pro mutuo adiutorio rationes cumulare, cum haec in ſcholis fere ſit recepta et omnibus nota opinio, etſi nullo modo placet, tamen, cum ſaepe accidere videamus, vt, quod in cathedra defenditur, vſum in foro non obtineat, adiecimus huic Obſeruationi noſtrae, *in fine ſub A. num. 40. ſeq.* nuperrimum Reſponſum Facultatis vtriusque THEOLOGICAE ET IVRIDICAE in Academia Lipſienſi, ex quo cognoſces, etiam ex foro illam, de ſobolis procreatione vnico matrimonii fine exploſam fuiſſe, ſententiam et ſectam noſtrorum temporum a patrum dictatis pauliſper receſſiſſe. Lectu digniſſima, quam duo collegia iunctim pronunciarunt, ſententia, non ſolum quod argumenta continet pro mutuo adiutorio plurima; verum etiam ob ſingularem et memorabi-

*) Lud. Dunte in Caſib. Conſcient. p. 803.

rabilem facti ſpeciem. Plane inhabilis ad liberos procreandos ex infima plebe pauperculus, nomine *Rödiger*, a Conſiſtorio propter impotentiam decreto diuortio, vxorem dimiſerat. Sic diducto matrimonio caelibem vitam per decem annos agit, vsque dum viduitatis pertaeſus de ſecundis votis cogitaret, et cum virgine XXXVII. annorum nomine *Beckeria*, per ſolennem ſacerdotis benedictionem iungi poſtularet. Conſiſtorialibus actis ad nos transmiſſis, dedimus vxorem homini, quem prior coniux propter impotentiam abegerat. Res admodum mira. Nullum cum declaraſſet iudex perlata ſententia anterius matrimonium, nos coniugium miſero nouum permiſimus, maritumque fecimus, quem res iudicata declarabat, maritum eſſe non poſſe.

Ego autem, etiamſi hunc opis alternae in matrimoniis conciliandis finem non plane improbem, fateri tamen cogor, multa ſubtiliter contra diſputata, inprimis autem huius ſententiae patronis ſaepe obiectum fuiſſe, ſi mutuum adiutorium ſumma ſit et finis matrimonii, ad quem omnia referantur, conſequens eſſe, vt foemina foeminae nubere, immo inter duos mares contrahi matrimonium poſſit, ſi viciſſim ſibi mutua auxilia polliceantur. Vnde, ea re in medio relicta, iam, quod maxime intendimus, hoc in contemplationem adducamus: an nuptiae, ſola Venere pronuba et Cupidine paranympho celebratae, iure non ſolum humano, verum etiam diuino, licitae, praeſertim autem, ſecundum rectae et intemeratae rationis dictata, ſanctae et caſtae appellari poſſint? 5

Occaſionem haec ſcribendi nobis dederunt nobiliſſimi cuiusdam militis litterae, qui, cum menſe anni huius ſuperiori ex Theologis Hallenſibus: *An homini, qui nullo ac ne minimo quidem liberorum habendorum deſiderio teneatur, ſed vxorem ſibi ob ſola oſcula et amplexus quaerat, matrimonium inire liceret?* quaeſiuiſſet, reſponſum tulit: *Licere.* Ne quid comminiſci videamur, militis doctiſſimi litteras, quae lubricam illam quaeſtionem et admodum difficilem in ſe continent, atque ipſum collegii reſponſum in fine Reſponſi *ſub* B. *et* C. *Num.* 43. *ſeq.* in fine huius Obſeruationis typis exſcribi curauimus, quo Theologicae Facultatis quaſi clypeo muniti, nullo modo veremur, ne in haereticae prauitatis notam incurramus, ſi in contrahendo matrimonio eundem eſſe homini, quam caeteris animantibus, finem, variis modis doceamus. 6

Finem

Finem autem, ne qualis sit ignores, causam dicimus, cuius gra-
6 tia aliquid suscipitur: extremus autem ille est, quo referuntur et cuius
causa fiunt omnia. Hoc praemisso, vt ordinem dicendorum breuiter
indicemus, primo vulgare illud: sobolis procreationem vnicum esse le-
gibus diuinis probatum ac praeceptum finem, refutabimus; posthaec
remedium vstionis, vt theologice loquamur, aeque legitimam esse ma-
trimonii causam, probabimus; tertio denique dissentientibus, qui de-
lectationem carnis causam, quare matrimonium ineatur, nefariam pu-
tant, respondebimus.

Primum in sacris litteris, vt homines sobolis causa matrimonia
7 quaerere debeant, nullibi praeceptum, cum, quae a Theologis in eam
rem loca afferuntur, id non dissertis verbis iubeant, sed haec doctrina,
per ambages demum et longos sorites, ex quibusdam dictis eliciatur,
quae argumenta ex longinquo petita periculosiora nec tam firma, quam
directa legum praecepta esse, vnusquisque facile concedet. Nam quod
8 illa Geneseos verba, in quibus praesidium totius doctrinae suae collo-
carunt, attinet, *Crescite et multiplicamini*, non defuerunt, qui, an le-
gem contineant et quicquam praecipiant? dubitarent, eamque potius
gratulationem et benedictionem, qua Deus nouis coniugibus fausta
quaeuis precatus sit, putarent, vti et nunc sacerdos in nuptiarum sa-
cris ea pronuntiare et nuptis acclamare solet. Nobis hebraica non do-
ctis, si, quas ex translationibus seu versionibus Bibliorum hausimus,
coniecturas effari licet, non legem haec verba, sed carmen putamus
et quasi effectricem quandam incantationem, qua Deus generandi vim
corporibus primorum parentum inseuit atque efflatu suo quasi indidit.
Foetificate, ait, *et multiplicamini.* Creatoria haec verba sunt, non prae-
ceptiua. Quemadmodum enim antea idem Deus dixerat: *Fiat lux*,
eoque dicto lux apparuerat, sic mihi videtur et his verbis: Crescite et
multiplicamini, vim generandi et pariendi conditis a se hominibus in-
didisse et foecundos eos effecisse, vnde CASTELLIO non male sic
transtulisse videtur: *Deinde foecunditatem dedit, sic eos alloquens: Foe-
tificate, multiplicamini et replete terram.* Est et alia ratio, quare haec
9 verba vix legis vim habere possint. Nam si ea praeceptum contine-
rent omnibus hominibus datum: *Foetificate*, consequens foret, vt
quam primum quisque pubes factus sit, si legi diuinae obedire velit,
sta-

statim sibi sociam eligere et sobolis officinam instruere deberet, quod nescio an vllus vnquam theologus aut philosophus imperauerit. Lar- 10
giamur tamen et hoc, illaque Geneseos verba legem in se continere concedamus, nonne vel hac ratione res ipsa loquitur, eam nouis prima aetate hominibus, non nobis, datam esse, qui in aetate viuimus, qua orbis terrarum abundat atque ita repletus est incolis, vt propemodum superfluat. Quomodo quaeso potuisset PAVLVS*) Christianis 11
caelibatum suadere et dicere: *Vellem omnes homines esse caelibes, vt ego sum. Sed sua quisque dote praeditus est a Deo, alius alia. Caelibibus autem et viduis dico: bonum eis esse, si sic maneant, vt ego*, quomodo, inquam, PAVLVS potuisset Christianis caelibatum suadere, si Deus omnes homines iussisset foetificare et terram liberis replere? Alia ergo in condendo, alia in orbe iam condito, legum et praeceptorum ratio.

Neque vero nos effatum theologorum quorundam, omne matri- 12
monium, quod ob explendam libidinem, neque liberorum causa, initum sit, fornicationem perhibens, a proposito retinet. Nam, si vera illi dicerent, maritus, qui cum grauida sua vxore aut sterili rem haberet, fornicaturus esset. Estne vero quisquam hodie circumscriptor adeo seuerus, qui concubitum cum vxore, quam grauidam maritus sciret, non permittendum putet. Etsi enim ex eo liberi nulli futuri sint, adeoque primarius ille, vt vocatur finis, hoc concubitu obtineri nequeat, tamen contrariae sententiae patroni, congressum cum grauidis non plane interdicunt nec ipsi pausam faciunt, vt sic fateri cogantur, non omnia in matrimonio ad spem et procreationem sobolis esse referenda. Anne mulieri, debitum coniugale sibi, vt decet, redditum esse, persuaseris, si quotannis semel a marito amata sit? Aut igitur concedas nobis, praeter hunc finem, etiam delectationes in matrimonio quaeri, aut relinquenda est marito probo et legibus diuinis obtemperanti vxor, tam sterilis, quam grauida. Quid vero eueniat, si illud statuamus? Docuerunt quidem talia inepti quondam, qui parum considerantes, suam cuique generi propriam naturam esse, (etiamsi de caetero animalium vitas nos intueri nolint, sed, si quis talia proponat, toto animo abhorreant) in hac vna re nos bestiis similes esse prae-

*) 1. Corinth. 7, v. 7. seq.

praeceperunt et propterea, quod nonnullae ex pecudibus et auibus poſtquam conceperunt, congreſſum deprecantur, *can. 15. cauſ. 32. qu. 7. in fine* idem in hominibus fieri debere, ſtulte exiſtimarunt. Longe profecto multoque iis POPVLIA ſapientior, quae miranti quid eſſet, quapropter mulieres marem ſemper deſiderarent, aliae beſtiae autem non, niſi cum praegnantes fieri vellent? *Beſtiae enim*, reſpondit.

13 Romani non diuino oraculo, ſed ciuili ratione, vt reſpublica liberis ciuibus repleretur, moniti, cum ad ſobolis procreationem omnia referrent, huic doctrinae in lege Papia Poppaea denuo confirmatae multo, quam noſtri, tenaciores, ob ſterilitatem diuortia quondam ſine vlla dubitatione decreuerunt *). Quid quod? iurare cogebantur mariti liberorum gignendorum gratia ſe matrimonium colere, ne quis data opera ſe liberis orbaret. Teſtis huius rei GELLIVS **). *Spurius Caruilius*, inquit, *cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, diuortium cum vxore fecit, quia liberi ex ea, corporis vitio, non gignerentur, anno vrbis conditae DXXIII. M. Atilio P. Valerio Coſſ. Atque is Caruilius traditur vxorem, quam dimiſit, egregie dilexiſſe cariſſimamque morum eius gratia habuiſſe; ſed iuriſiurandi religionem animo et amori praetuliſſe, quod iurare a Cenſoribus coactus erat, vxorem ſe liberûm quaerendûm gratia habiturum.* Hanc Quiritium ſibi conſtantem et conſentientem in omnibus doctrinam vt laudo et admiror, ita e contrario noſtris non parum ſuccenſeo, qui regulas ſuas, quoties lubitum eſt, deprauant et propter impotentiam quidem, non autem propter ſterilitatem, diuortia decernunt. *Can. 27. Cauſ. 32. qu. 7.* Nam, ſi modo debitum coniugale praeſtare ſibi poſſint coniuges, et vſtioni alterius mederi, etſi de caetero manifeſta et inſanabili ſterilitate proles non ſubſequatur nec ſubſequi poſſit, etiam certiſſime ſciant, ſe ſobolem non edituros, ſi oraculum ipſis, ſi vates hoc praedicat, ſi medici omnes conſentiant, tamen ſeparari non poſſunt. Dirimendum autem erat tale connubium, ſi illa vulgaris diſciplina doctorum vera et nuptiarum vnicus liberorum genitura finis eſſet, propterea, quod quotiescunque alteruter a principio in genitali ſterilitate verſetur, atque illa infoecunditas certa, ex-

plo-

*) L. 60 §. 1. ff. de donat. inter vir. et vxor. ibique Dionyſ. Gothofr.

**) Noct. Att. lib. 4. cap. 3.

plorata et immedicabilis videatur, coniuges in Dei ministerio non esse,
nec ei ad finem suum obtinendum, vt ita dixerim, cooperari possunt.
Cum nuper Altenburgensis quidam, se quidem rem cum vxore saepius 14
habuisse, nullos vero ob prolapsum vteri ex tali concubitu liberos pro-
creari posse, diceret atque ob eam rationem diuortium peteret, Col-
legium Iureconsultorum Lipsiense absoluit vxorem, his additis rationi-
bus: Obwohl Kläger, daß ihm die eingestandene öftere Beywohnung mit
Beklagter zu keinem Nachtheile gereichen möge, anführet; maßen, wenn
auch allenfals der Beyschlaf zu volbringen wäre, er doch nichts destoweniger
durch bewährter Aerzte unumstößliche Zeugnisse, denen man als Kunsterfahr-
nen schlechterdings trauen muß, erwiesen, daß wegen ziemlichen Vorfals der
Mutter, niemahls dergleichen Beywohnung fruchtbar seyn könne.

Dennoch aber und dieweil aus demjenigen was Kläger selbst an- 15
führet, hinlänglich daß Beklagte zur ehelichen Beywohnung nicht ganz unge-
schickt, erhellet, die Wirkung des Beyschlafes aber Gott und der Natur zu
überlassen, mithin Klägers Suchen für unstathaft zu achten rc. Videant
igitur aduersarii, quam nullo modo illorum regulae in ipsis rerum ar-
gumentis obtineant, quam confusa sint, quam male inter se cohae-
reant omnia. Nostram vero doctrinam vsus fori exactissime probat,
quando iudices coniugem, in quo nullum vstionis remedium, illico
abigunt et alteri rem suam alibi habendam facile permittunt, eo ipso
satis innuentes, plura in matrimonio ad corpoream delectationem,
quam ad sobolis genituram, referri. Attamen, vt proprie loquamur,
coniugia ob impotentiam alterutrius coniugis non tam dissoluimus,
quam nulla esse, pronuntiamus. Nempe non consensu matrimonium
aut benedictione sacerdotali, sed thalami conscensione, hoc est, vera
commixtione corporum, perficitur. Ergo si haec consecuta non sit,
nec propter genitalem infirmitatem consequi possit, nondum coniu-
ges sed desponsati videntur. Sic ea res repudio, quam diuortio similior.

Eadem est in nuptiis Acherunticorum ratio, quibus prolis susci- 16
piendae propter aetatem nulla fiducia, quamobrem lex Iulia et Papia
senum matrimonia merito coercuit. *) Nempe, cum medici obseruas-
sent, si anni amborum coniugum conumerati et simul ducti, centum

*) Vlpiani Fragm. tit. 16. §. 3. et 4.

tranſiiſſent, ſignum hoc certiſſimum eſſe, nullam generationem futuram, *) non patiebantur Romani quinquagenariam ſexagenario nubere, imo etiam recentiori aetate ſapienter in ſua republica, ob eandem cauſam, Genuenſes cauerunt: *Ne vir LX. annos egreſſus foeminam ducat aliam quam aetate dimidio ſe minorem.* Nam ad fabulas fere redeunt, quae de prodigioſo quorundam ſenum vigore circumferuntur, nec ipſe IVSTINIANVS dubitat, partum a parentibus vltimae iam ſenectutis editum, mirabilem vocare. *L. 12. C. de legitim. heredib.* Non audeo quidem CONSTANTIAE, Imperatori HENRICO V. nuptae, de qua in Iurisprudentia numiſmatibus illuſtrata **) dictum eſt, aut etiam MASINISSAE Numidiae regis exempla, itemque CATONIS Cenſorii, et VLADISLAI Polonorum regis, quos hiſtoria tradit felices parentes extitiſſe liberorum eo tempore, quo iam vnum pedem in ſepulchro habebant, non omnino diffiteri, licet pauliſper ſubdubitem, attamen, etiamſi vera eſſe largiar, anne quaeſo, haec admodum rara et prodigioſa praeſumere debemus? Nullo ſane modo. Nam praeſumtiones ab iis, quae plerumque euenire ſolent, non de exemplis admodum raris, depromuntur. Poſſibile forſitan, ſi ob dignum vindice nodum Deus ſubueniat, vetulam parere et obſtetricum manibus ſe SARAM ſubmittere, neque tamen ea quae fieri poſſunt, ſed quae fieri ſolent, nempe probabilia nobis in vita et legibus ferendis proponimus. Anne operae pretium, propter rariſſima quaedam exempla quae contra naturam euenerunt, legem ſcribere: vt tremulis totisque in baculum pronis nuptias, in ſua iam occidua aetate, inire liceat? Hoc nulla ratione crediderim, cum parum a ridiculo abſit de his, quae in ſeculo integro vix ſemel accidunt, iura conſtituere. L. *3. ff. de Leg.* L. *64. ff. de Reg. iur.* Nam debito coniugali ſoluendo non plane impares quidem pleroſque ſenes, imo et ſalaces interdum eſſe, ex poetarum carmini-
17 bus et medicorum libris didicimus, non autem foecundos. Nunc autem, poſtquam IVSTINIANVS Imperator *in* L. *27. C. de nupt.* legem Iuliam et Papiam ſuſtulit, ſilicerniorum connubia, ſumma cum carminis ſacerdotalis *creſcite et multiplicamini* profanatione et irriſione contrahi

*) Auguſtinus lib. 3. contra Iul. et libro primo Quaeſt. ad Geneſ.

**) Monument. XLIV.

trahi videmus *), quod fieri nec poſſet nec deberet, ſi omnes, praeter ſpem et deſiderium liberos habendi contractae nuptiae turpes, atque ſobolis procreatio extremus et vnicus matrimonii finis foret.

Non opus eſt plura in medium profere, quoniam vel ex his, quae 18
diſputauimus, procreationem ſobolis non eſſe vnicum aut ſupremum
matrimonii finem, ſatis apparet. Accedamus ergo ad ſecundum no-
ſtrae diſputationis caput, in quo hominem, qui nullo poſteritatis quae-
rendae deſiderio, tantum ob mutuos amplexus et corporeas delectatio-
nes matrimonium ineat, nullo modo peccare, docebimus. Quo loco 19
tamen, vt ambiguitates quaſdam euitemus, neque in verborum inanem cum aduerſariis pugnam incidamus, quaedam praemonenda veniunt. Scilicet, quando extinguendarum cupiditatum finem primarium eumque non minus honeſtum, quam ſobolis procreationem, eſſe perhibemus, nemo exiſtimet, nos propterea negare, Deum ad perennitatem humani generis matrimonium inſtituiſſe. Etſi enim hoc ex ſacris litteris, vt ſupra diximus, nullo modo demonſtrari poteſt, res ipſa tamen et diuerſa in vtroque ſexu corporum ac membrorum ratio ſatis declarat, hominem ad generandum, foeminam ad pariendum, a natura factos eſſe, ex quo ſolo ſatis apparet, certo reſpectu primarium matrimonii finem fuiſſe, ne genus animantium hominumque interiret,

Nec regio foret vlla ſuis animalibus orba.

Nihilominus tamen nos primarium finem cupiditatem dicimus. Haec quomodo quaeſo inter ſe conueniunt? Inopinabile et monſtro ſimile videri poſſit, duo in re eadem extrema et duos, ad quos omnia referuntur, fines eſſe. Hoc aenigma vt diſſoluere poſſis, te ſcire cupio, alium ſibi Deum propoſuiſſe primarium finem, nempe generis conſervationem; alium vero finem primarium plerumque homines intendere, nempe, ſi a potiori res denominanda, ſolam voluptatem, quam in inſtituendo matrimonio Deus minus principaliter et ſecundario demum intendit, homo autem quam maxime. Itaque vtriusque conſideratione habita, ſi mox ad creaturam mox ad creatorem reſpicias, repugnans non videbitur, ſi duos fines primarios ſtatuamus, atque dato

*) CARPZOV. Iurisprud. Conſiſt. lib. 2. defin. 13. et CONRADI PHILIP. HOFFMANNI Tract. de matrimonio ſexagenarii.

a nobis ac concesso, supremam quidem Diuinitatem potissimum ob id, vt ex animali animal nasceretur, vtrique sexui mutuas appetitiones inseuisse, siue quod idem est, matrimonium instituisse, tamen hanc ipsam mutuam appetitionem hominis primarium finem, eumque legitimum ac diuino numini gratum esse, demonstrabimus, adeo quidem, vt, qui hunc vel solum appetat, nullo modo peccare videatur. Aliter autem se res habet in iis, qui liberos in vtero enecant, aut data opera genituram impediunt, de quo quidem crimine iam non loquimur, sed de iis solum hominibus, qui cum matrimonium ineunt, futuros ex illo liberos non quidem penitus auersantur, sed nec summo desiderio optant.

20 Primo quidem, vt ab experientia incipiamus, dialecticis notum probandi quoddam genus, quod *inductionem* vocant, siue obseruatio singularium euentuum, experientia et sensu instituta, ex qua axioma formatur et in animo quaedam intelligentia rerum vniuersalium gignitur. Nam si commissas memoriae res singulares ratio contemplatur et inter se comparat, exinde notio generalis proficiscitur. Hac igitur inductione primum vtamur ad demonstrandum: homines non aliam ob causam durum expertis et graue matrimonii onus expetere, quam vt ignem, vt poetae dicunt, in florida iuuentute furentem honestis fontibus restinguant, ignem inquam, quem, cum natura suscitet sollicitequa alat, vituperare non ausim. Sine amore, iamdudum periisset orbis. Contra vero, putasne sponsalia celebrare eam ob causam quempiam, vt liberis ciuibus rempublicam impleat. Ex centum millibus vix vnum sic sapere putamus. Imo plerique, pauperes potissimum, multorum metuunt liberorum parentes fieri, foeminae propter partus dolorem, viri propter alendi educandique officium. *Quotus quisque enim*, ait PVFENDORFIVS *), *liberis operam daret*, *qui saepe materiam dolendi*, *semper curarum et laborum praebent*, *ni naturalis inclinatio eo traheret? Intercedente cumprimis consortio mulierum*, *quod sapienti vile iuxta ac taediosum*, *citra istas illecebras*, *foret.* Itaque res ipsa loquitur, in matrimonio alia sibi Deum proposuisse, alia hominem. Dic mihi quaeso, anne inter caetera animalia, quando coeunt, vllum de prole, an de capienda voluptate cogitet? Haec clarissima naturae specula si quis intuetur et quod omnia animalia faciunt, se quoque natu-

ram

*) Ius Nat. et G. lib. 6. cap. 1. §. 3.

ram docuiſſe, credit, a vero aberrare non poteſt, quia vix aliud habetur luculentius voluntatis diuinae ſignum, quam animalium obſervatio. Hoc docuit vim vi repellere, ſe ſuosque defendere, vitamque tueri inter iuſta collocanda eſſe quoniam eadem omnes animantes faciunt. Hinc vt in L. 1. §. 3. ff. de iuſt. et iur. VLPIANVS appoſite et veriſſime dicit: *Hinc inquam deſcendit maris atque foeminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus.* Tu autem forſitan hominem animal eſſe, negaueris. Velim iſtos, qui omne matrimonium, quod propter ſobolis ſpem ſuſceptum non ſit, graue et inexpiabile ſcelus putant, ingenue mihi et bona fide confiteantur, quaenam cauſae ipſos, ſi mariti ſunt, impulerint? Si propter liberos hoc feciſſe mentiantur, in ora dicam, ipſos ſe a veritate abdicare, turpiter fallere, hominem penitus eiurare, atque me exiſtimare potius, non aliam iis, quam caeteris animantibus, matrimonii cauſam fuiſſe. Ipſe nuper in confabulationibus illum, cuius litterae Obſeruationi huic adiectae ſunt, militem ſane doctiſſimum, vtpote philoſophia et bonis litteris probe tinctum, audiui, cum de ineundo matrimonio ſollicitaretur, ex theologo, qui procreationem ſobolis vnicum matrimonii finem acrius propugnabat, quaerere: Anne ipſe pulcherrimam ſuam ſed pauperculam vxorem amore percitus duxiſſet, absque omni ſobolis reſpectu? atque hoc annuente, ſed excuſationem ab eſu pomi et hereditario ADAMI peccato deducente, ſcite illud PLAVTI acclamare:

Nihil eſt iam, quod tu mihi ſuccenſeas,
Fecere tale ante alii ſpectati viri.

Ne autem nefanda tradere, nec ſine ratione hominem ſolis amo- 21
ris ſtimulis in matrimonium ruentem excuſare videamur, antea, quam caetera perſequimur, paucis demonſtrare debemus, inſtinctum illum a natura inditum animantibus eſſe non poſſe malum. Abſurdum profecto honeſtam et moderatam voluptatem criminari, quam Deus, ſi rerum contextus et mundi materia pateretur, maximam omnibus largiturus fuiſſet; eſt enim, praeterquam credere poſſis, beneuolus, nihilque magis quam omne genus animalium beare, quam benefacere, quam gaudia diſſeminare ſtudet. Probabile ergo eum optare, vt licitis et ab ipſo animantibus cunctis inſitis commodis fruamur. Nec ob aliam cauſam hoc vniuerſum creaſſe putatur, quam ne ſolus ſibi videretur beatus

beatus sed creaturis innumeris communicaret varia felicitatis genera et voluptatis sensus. Ex his sic argumentor: Si illa maris et foeminae mutua appetitio turpis, si ardor ille sua natura malus esset, ipse eius auctor et sustentator Deus peccatum iussisset. Consentiunt nostri mecum Theologi omnes, quando contra caelibatum clericorum Romano-catholicorum disputant. Hoc enim, aiunt, esse praepotenti rerum naturae vim inferre. Imo inter ipsos catholicos MARCELLVS PALINGENIVS libro quarto in Zodiaco vitae verissime de turba rasa sacerdotum monachorumque canit:

Insani fugiunt mundum, immundumque sequuntur.
Nam cauti nolunt vxorem ducere, multas
Vt passim incestent diuersaque pabula carpant.
O vanas hominum curas, o futile votum!
Discite naturae sanctas non temnere leges:
Nempe Venus nulli culpae est obnoxia, si sit
Legitima atque modum seruet, si debita fiat.
Nemo quidem caste consueuit viuere saluis
Inguinibus, nisi quem iam debilitata senectus
Aut languor grauis aut animi dolor impedit ingens.
Omne superuacuum natura e corpore pellit.
Hinc est, quod Venerem nocturna insomnia soluunt,
Gaudiaque informant veros imitantia lusus

Nolumus, inferius Obs. DCCLVII. vberius tradita anticipare, in qua demonstrauimus non posse de eo, quod in omni animanti reperitur, quin iustum sit, dubitari. Omnes ergo instinctus bonos videri nec, qui hanc naturae vocem audiat, vllo modo aberrare. Sane, quae liber quisque constantissime facit, ea necessario etiam cupit et vult. Nam si fieri nollet, facturus non erat. Sunt ergo Prima Naturae, vt CICERO vocat, voluntatis diuinae certissima signa. Nemo enim prudens ea facit, quae detestatur et odit. Itaque, qui vim Veneris sentiunt et in contrahendo matrimonio hanc solam sequuntur, peccare vix vllo modo possunt, cum naturam habeant comitem et ducem fidelissimam, quae ipsam viam strauit, quam nos incedere iubet; naturam, inquam, quae stimulos addit et segniores impellit, quae nihil frustra facit. Factura autem fuisset frustra admodum multa, si nos appetitibus, quos ipsa fabricata est, vti fruique nollet. Magni ergo natura-

lem

lem ad fugienda quaedam ac facienda inſtinctum facio. *) Ille, vt ipſe Pontifex Maximus in *can.* 7. *diſt.* 1. agnoſcit, iuris omnis quaſi fundamentum,

Ille quas ſequerer, docuit, quas fugeremque vias.

Itaque, vt ad praeſentem quaeſtionem reuertamur, ſi, an matrimonium ad reſtinguendum cupidinis ardorem a foemina initum vel viro ſanctum iuſtumque videri debeat? ſubdubites, ad ſpecula naturae illa clariſſima, beſtias, ad caetera te animantia voco et ad VIRGILII verſus:

Omne adeo genus in terris hominumque ferarumque,
Et genus aequoreum, pecudes, pictaeque volucres
In furias ignemque ruunt. AMOR OMNIBVS IDEM.

Ac hic quidem Veneris ſpiritus in quibusdam animantibus adeo vehemens, vt niſi extingui poſſit, furor conſequatur, in homine autem is etiam vincit pudorem puellis innatum, vincit grauiditatis moleſtias, partus dolores, vitae periculum, interdum famae reuerentiam et ipſum diuini numinis metum. Quare cum hoc affectu, vt ipſe IVSTINIANVS ait, vix alius ſit flagrantior, neſcio, an rem vllam natura magis probauerit?

Recordamur hoc loco ex philoſophis nonnullos de hoc ipſo dubi 22
taſſe, an homini in indagandis Dei conſiliis, quae de hac rerum vniuerſitate condenda regendaque iniit, liceat eſſe nimis curioſo? Audiamus CARTESIVM: *Nimis ſuperbe*, inquit, *de nobis ſentiremus, ſi fines, quos in mundo exſtruendo ſibi natura propoſuit, ingenioli noſtri vi comprehendi poſſe putaremus.* Si enim ſigna diuinae voluntatis non plane certa nec diuinis oraculis nobis reuelata ſint, neſcire ſe dicunt, an humana ratio ad fines illos cognoſcendos ac detegenda recondita naturae inſtituta ſatis inſtructa atque acuta videri poſſit, quoniam ei, qui ad illos fines perſpiciendos ſe aptum profiteatur, non humanam tantum, ſed vniverſam rerum naturam, quousque patet, peruidiſſe oportebat. Hinc factum eſſe ſaepius, vt finem inepte putauerimus, quem nunquam natura ſibi praeſcripſerat; fere vt ſutoribus tonſoribusque accidit, qui de arcanis regum conſiliis, in popina et triuio ex relationibus ſiue, vt vocantur,

*) Ius mundi vniuerſale cap. 6.

cantur, Nouellis plerumque fallacibus, pro ſuo captu, futilia ſaepius et ineptiſſima garriunt. Nos vero, licet horum opinioni ſubſcribere veremur, hoc affirmare tamen nullo modo dubitamus; certiora voluntatis diuinae ſigna dubiis anteponenda, et in eruendis atque indagandis finibus, quos diuina ſapientia cum rerum vniuerſitatem ordinaret, ſibi propoſuit, plus valere populares ſenſus, quam longas argutationes, nimiumque implicitos ſubtilium ſyllogismorum meandros. Ineſt nimirum in noſtris et animantium corporibus abſconditus ad facienda quaedam omittendaue impulſus, ineſt inſtinctus quidam nullo modo negligendus.

Nam placuit ſuperis, quaerere plura nefas.

Quid enim, nonne aperta illa, quae in medio poſita ſunt, voluntatis diuinae ſigna, nempe inſtinctus, acutis philoſophorum rationibus longe longeque praeferas? In his potiſſimum ſe Deus reuelauit. Foemina marem, mas foeminam naturaliter appetit. Ergo homo, in quo haec naturae vox vociferatur, foeminam ſibi honeſtiſſime iunget, etiamſi plane ſciat, et multis experimentis cognitum habeat, ſe ob fatuitatem aut frigiditatem ſeminis, aut propter ſuam vxoriſue obeſitatem, aut ob alias ſibi notas perſpectasque cauſas liberis gignendis imparem fore. Inſolentis propemodum et ambitioſi animi, ſe procuratorem et ſequeſtrum diuini numinis putare, ſeu naturae in adminiſtrando terrarum orbe haſtas velle miniſtrare et Deo quaſi ſubuenire. Erras ardelio! ſi naturam, vt optato potiatur, vt finem ſibi propoſitum attingat, tua ope et ſuſtentaculo tam exiguo indigere arbitraris. Quae enim miſera ſuperbia, ſi quis confectorem ſe negotiorum, quae in coelo intenduntur, et in vniuerſo hoc bene moderando quaſi diuinitatis collegam ſociumque exiſtimet.

Non tali auxilio nec defenſoribus iſtis
Tempus eget.

Meminerimus quaeſo, non imperii nos conſortes, ſed ſeruos immortalis Dei eſſe, qui iuſſa domini expedire et reuereri debemus, non de horum rationibus ſollicitari. Parere ſeruos decet, non rationes mandati explorare. Famulo enim, qui ſibi naſum habere putat et omnes domini reconditas atque arcanas rationes inepta curioſitate penetrare audet,

audet, nihil eſt odioſius. Item in exercitu. Siccine miles non confliget antea, quam explorauerit, vtrum nouiſſima imperatoris iuſſa caeteris eius conſiliis exacte conueniant? *Maligna laus eſt militis*, ait in Annalibus TACITVS, *qui interpretari iuſſa ducum malit, quam exſequi.* Tu in cohorte Dei miles gregarie, homo! mandata Dei clariſſima, indubitata, certa, nempe inſtinctus proſequaris, de iſtorum rationibus autem et finibus

Permittas ipſis expendere numinibus, quid
Conueniat nobis, rebusque ſit vtile noſtris.

Iam vero, *melius eſſe homini*, ait PAVLVS *) *matrimonio iungi*, 23
quam ardere. IDEM et hoc ait: *Vt ſtupra euitentur, ſuam quisque vxorem et ſuum quaeque virum habeat.* Nulla hic de progenie mentio, neque nos orbem terrarum nimis iam, vt opinor, refertum liberis locupletare iubet, ſed, ne dirae medullas flammae exurant, ne ardeatis, inquit, ne ſtupris polluamini, in matrimonia coite. Eodem modo *in* 24
Can. 6. Cauſ. 32. qu. 2. diuus AVGVSTINVS veros et legitimos coniuges pronunciat, qui ſolius concubitus cauſa ſibimet inuicem copulantur. Audiamus ipſum: *Solet quaeri, cum maſculus et foemina ſibimet, non filiorum procreandorum, ſed, pro incontinentia, ſolius concubitus cauſa copulantur ea fide media, vt nec ille cum altera, nec illa cum altero id faciat, vtrum nuptiae ſint vocandae? Et poteſt quidem fortaſſe non abſurde hoc appellari connubium, ſi vſque ad mortem alicuius eorum id inter eos placuerit; et prolis generationem, quamuis non ea cauſa coniuncti ſint, non tamen vitauerint, vt vel nolint ſibi naſci filios, vel etiam opere aliquo malo agant, ne naſcantur.* Velim hoc diui patris dictum diligentius conſideraſſent noſtri hac aetate theologi, qui quando ex iis: vtrum, qui corpus corpori miſcere ardet, caeterum autem, ne minimo quidem poſteritatis quaerendae deſiderio tenetur, caſti coniugis nomine dignus ſit? quaeritur, quaſi aſpide conſpecta refugiunt et toto corpore contremiſcunt. Solent enim ſobolis procreationem vnicum fere, certe primarium, finem matrimonii eſſe, pleno et aperto ore conclamare. Sed ſalua res eſt. Nam ſi paulatim permulcendo tractandoque animos eorum manſuefacias et rerum nomina hac ratione mutes, vt, qui propter ample-

*) 1. Cor. 7. v. 2. et 9.

xus ſibi coniugem optat, eum dicas non cupere ſatiari voluptatibus, ſed hoc ſolum facere, vt ſtupra, adulteria et malas concupiſcentias vitet, vt Furias Satanae, quibus exſtimulatur, effugiat, illico miteſcunt, immo iam laudant et matrimonio admittunt. Quaſi autem hoc quicquam ſit aliud, quam palam profiteri, ſolius concubitus cauſa contractum matrimonium iuſtum eſſe? Neque enim video, quid inter has locutiones interſit: ob euitandam intemperantiam nubere, et alteram:
25 extinguendarum libidinum cauſa matrimonium inire. Etiamſi vero quis adeo intemperans non ſit, vt caelibem vitam ſine ſcortis tranſigere nequeat, eius tamen coniugium honeſtae voluptatis cauſa initum vituperare non auſim, cum adiectum noſtrae diſſertationi THEOLOGORVM HALLENSIVM reſponſum, non in omnibus quidem noſtrae ſententiae conſentiens, hoc tamen clariſſime probet: Licere homini propter ſolum concubitum, absque vllo liberos habendi deſiderio, matrimonium inire; ſi modo prolis generationem, vt cum AVGVSTINO loquamur, non euitet vel opere aliquo malo agat, ne liberi naſcantur, quamquam et hoc ipſum crimen minus culpabile videatur, quam ſi quis pueros virilibus exſectis, quod in Italia frequens eſt, eunuchos faciat, aut vitulum caſtret vel ſuem. Nam talis caſtrator non ſolum quominus foetus naſcatur, efficit, verum etiam alteri Numinis propoſito obſiſtit, dum ingeneratam a Deo voluptatem caſtratis adimit, adeoque vtrumque finem tollit, ex quo ſtatim apparet, bis peccando hunc longe grauius committere eo crimine, quod AVGVSTINVS notauit. Nam qui tantum malo opere agit, ne ſibi liberi naſcantur, non niſi vnam legem violat, qui autem deſiderium etiam coitionis caſtratione exſecat; is duas leges ſubuertit, cum ſimul foeturam impediat et delectationem, qua natura cuncta animalia beauit, turpiter iis crudeliterque adimat. Nonne duplex obligatio fortior vna, et binas leges violare grauius videtur, quam alterutri contrauenire? Quod etiam ſcriptae leges probant. Nam in *Conſtitutione* CAROLI V. *Criminali art. 133.* qui pueros euirare audent aut foeminas ſteriles reddunt, capite plectuntur, cum Onaniticum crimen vix relegatione, ſed plerumque aliquot dierum carcere puniatur. Sed quod in hominibus euiratis leges ciuiles prohibent, idem in caeteris animalibus natura vetat. Nam in illa maxima republica et ciuitate, qua ſecundum Stoicos *) homines et animalia

*) SENECA de Otio ſapient. cap. 31.

malia eodem iure fruuntur, inter bestias et homines parum interest. Nam vt homines Deus, ita et boues suesque se propagare iussit, nec hominibus tantum, sed et scarabeis, muscis, suibus, caeterisque animantibus voluptatis Venereae sensum dedit. Ergo quos foecunda Deus esse voluit, qui sterilia efficit animalia, nonne is primarium finem et supremum institutum eodem modo interuertit, quam qui cultro homini testiculos abscindit. Eadem vtrinque numinis diuini voluntas, ergo et delicta paria, si nempe non ciuiles aut in sacris oraculis reuelatas, sed solas naturae, leges spectes.

Iam et philosophos consulere iuuat. Non potest sane nobis te- 26
meraria videri aut impia, quam profitemur, doctrina, postquam clarissimum iuris naturalis sacerdotem, ILLVSTREM DOMINVM DE VATTEL, qui sua sapientia et eruditione aulam Dresdensem mirifice ornat, in aureis ad WOLFII *Ius naturae Obseruationibus* plane eadem sentire cognouimus, cuius verba in nota exhibemus. *)

*) Dixerat WOLFIVS: *Lex naturae vult, vt homines sobolem procreent, nec concubitum appetant, nisi sobolis procreandae gratia:* Ad haec VATTELIVS hoc modo: „L' Auteur se fonde sur ce, que dans cet acte, les actions naturelles „tendent à la propagation de l'espece. Et comme il a prouvé ailleurs, que „l'homme doit se diriger, dans ses actions libres, par les mêmes raisons finales, qui determinent les actions naturelles: il en conclut, que dans „celle-ci, on ne doit avoir pour but, que la propagation seule. Mais, „c'est vne petition de principe, de supposer, que le seul but de la nature, „dans les desirs mutuels, qu'elle inspire aux deux sexes, & dans ce qui en „est l'effet, soit la procreation des enfans. Si cela étoit, la femme n'auroit „plus aucun desir de cette espece, dès qu'elle seroit grosse, & elle n'en exciteroit plus chez l'homme, comme on voit que cette regle a lieu parmi „les animaux brutes. La propagation est, sans doute, le grand but que „la nature se propose, dans tous les animaux; mais elle peut bien y en joindre d'autres chez l'homme en particulier. Et d'abord, pourquoi n'auroit „elle pas en vue de donner aussi par-là un plaisir innocent à l'homme et à „la femme, comme on voit qu'elle se le propose en tant d'autres occasions?

„Si l'on fait attention que ce plaisir contribue efficacément à resserrer „les noeuds, qui unissent le mari et la femme, à entretenir & à augmenter „leur tendresse mutuelle; & que cette union, cette bonne intelligence est „necessaire pour l'éducation des leurs enfans; on ne doutera point, que la „nature ne les incite au plaisir, dans la vue d'entretenir des sentimens si „convenables.

„Pour-

Hac ſapientiſſimi viri auctoritate, his paucis argumentis, nam
27 copioſius philoſophari non placet, in medium adductis, iam nobis ſatis pro-

„Pourquoi auroit-elle fait l'homme & la femme de maniere, que non „ſeulement ils ſont en état de ſe donner ces marques de tendreſſe, beaucoup „plus ſouvent, que la propagation ne l'exige, mais même qu'elles deviennent néceſſaires à la converſation de leur ſanté? C'eſt ici une nouvelle raiſon contre l'Auteur, & une nouvelle fin, qui légitime le plaiſir condamné „dans la deciſion. La plus part des femmes, & tous les hommes d'une „ſanté floriſſante pourroient en rendre temoignage.

„Enfin Monſieur Wolf lui même établit ailleurs, „que le plaiſir innocent, voluptas innocua, „eſt licite, & que l'homme a droit de le gouter; „il va même jusqu'à dire, qu'il y eſt obligé. Or toutes les fois, que celui „dont il s'agit eſt pris modérément, qu'il ne nuit point à la fin principale, „ſavoir à la propagation, & que loin des nous y rendre moins habiles & déranger notre ſanté, il contribue plûtôt à nous conſerver en bon état; enfin lorsqu'il n'entraine aucun déſordre; n'a-t il pas tous les caracteres d'un „plaiſir innocent, & n'eſt il pas licite, par conſequent?

„Si la déciſion, que je combas, eſt juſte, il faudra qu'un mari s'abſtienne de tout commerce avec la femme, auſſi-tôt qu'elle eſt groſſe. Mais „outre que ce commerce, comme je viens de le dire, eſt fort propre à nourrir leur tendreſſe, & à maintenir leur union; une ſi longue abſtinence ſeroit, pour l'ordinaire, peu convenable à leur ſanté & à peu près impoſſible à des perſonnes robuſtes & qui ont du feu dans le temperament. Quelques uns, comme M. Smith dans ſon voyage de Guinée, prétendent que „ce commerce avec une femme groſſe eſt nuiſible au fruit, qu'elle porte. „Si cela étoit, il faudroit ſans doute s'en abſtenir. Mais alors la pluralité „des femmes deviendroit néceſſaire à un homme bien conſtitué.

„Auec le même raiſonnement de l'Auteur, je prouverai, qu'il n'*eſt pas* „permis de ſe promener uniquement par plaiſir. Car la nature nous ayant „donné des iambes pour nous transporter par tout où nos affaires exigent „notre préſence, nous ne devons nous en ſeruir, que conformement à ſes „vues. Chacun me répondra, quae tout plaiſir innocent étant permis à „l'homme, il peut ſe promener toutes les fois, qu'il n'a rien de mieux à „faire, & ſur-tout lorsque la promenade convient à ſa ſanté.

„Bornons-nous donc à dire, que la propagation de l'eſpece étant la „principale fin des plaiſirs de l'amour, nous n'en devons jamais uſer d'une „maniere, qui puiſſe préjudicier à cette grande fin, ſoit en nous en detournant, ſoit en nous y rendant moins habiles. Voila, ce me ſemble, tout „ce que la Loi Naturelle nous preſcrit à cet égard, & tout ce qui merite „le nom de chaſtete."

probasse videmur: homini imperiosa haec incitamenta naturae, quae in vtroque sexu flagrantissima sunt, et dominum instinctum sequi licere. Est enim, si non ad Deum, sed hominem respicias, facis extinctio a natura accensae primarius fere matrimonii finis. Nempe, vt iam supra diximus, in matrimonio, vt in caeteris quibusdam rebus, aliud sibi Deus, aliud sibi homo proposuit. Homo quam maxime voluptatem, Deus generis conseruationem. Qui fines tamen minime sibi aduersa- 28
riantur, aut inter se collidunt, sed potius mirifice conspirant et tam familiariter inter se connexi sunt, vt homines, dum instinctus sequuntur, inuiti etiam et insciii, via diuina tunc vel maxime incedant, cum suam se ire, arbitrantur. Bruta sane animantia in suis cohaesionibus nunquam de sobole propaganda cogitant, neque tamen hucusque vllum eorum genus interiit. Nempe natura Venere quasi instrumento ad finem suum obtinendum, vtitur. Tametsi igitur scopum, quem Deus sibi praefixit, cum mari et foeminae mutuam appetitionem et coniungendi studium ingeneraret, primarium fuisse

Vt se generatim secla propagent,

non diffiteamur, recte tamen hominem, qui secundarium Dei finem, nempe delectationem, sibi proposuerit, negamus diuinas leges violare, sed licere ei matrimonium inire statuimus, etiamsi de prole desperet, etiamsi oraculum, cui maxime fidat, etiamsi vates praedixerit, ei nullam nascituram, modo vxori suae complacere et de caetero stipendia Veneri militare possit. Nonne credis Deum, si existimasset, sine libe 29
rorum progignendorum desiderio, orbem non perdurare posse, illud in homine pro sua sapientia, quam maximum concitaturum fuisse? Sed quoniam praeuidebat, voluptatem huius desiderii vicariam, adeoque nullam prolis appetitionem necessariam esse, hac carere potuit homo, absque vllo generis humani et orbis terrarum detrimento.

Restat tertium disputationis caput, quo argumenta eorum qui li- 30
bidines exsecrantur, omnemque Venerem, quae procreandae sobolis causa inita non sit, furiali carmine damnant et tanquam nefarium et inexpiabile scelus diris omnibus deuouent, denuo et ex professo refutabimus. Audio primum ex his quendam: in DIOGENIS dolio aut EPICVRI hortis natam esse hanc doctrinam nostram, criminari. Hoc modo, ait, philosophaturi erant, si loqui possent, boues, porci et fe-

rae

rae denique omnes. Iubet ergo hic aduerſarius nos animaduertere, quo loco hominem ponamus ratione dotatum et diuina aura participem, ſi belluis ſocium demus; in quibus ſola Venus matrimoniorum conciliatrix. Patienter hucusque te audiuimus, ſed dic e contrario et reſponde nobis triſtis rugoſa fronte et caperate ſapiens, cui pudor cum belluis quicquam commune habere: noctu feſſus labore anne dormis? Caue annuas, nam et cameli hoc faciunt et ſues, quibus nullus rationis vſus. Sed et aëre animalia viuunt, non conducet ergo tibi, ſpiritum ducere. Illud vero gratum et amabile ſolis lumen, quomodo te delectare poſſit, cum etiam ferae illo fruantur et gaudeant? Ego e contrario illius iuris quod natura omnia animalia docuit, ſtudioſiſſimus repeto ſtabilitum a me in *Iure Mundi vniuerſali* axioma: atque ita argumentor. Quicquid in omni animanti cernimus, de eo, quin iuſtum licitumque ſit, dubitare recta ratio haud permittit.

31 Iam vero diſſentientes ad TOBIAE libellum *) nos adducunt, in quo adoleſcens ad angelum: *Ne me Aſmodaeus interficiat metuo. Cui angelus: Attende et oſtendam tibi, quos in poteſtate habeat daemon. Qui in matrimonium ita conueniunt, vt, expertes et immemores Dei, more equi aut aſini brutorum animalium vacent libidini, in hos poteſtatem habet daemon. Verere modo deum, inquit, et vbi in cubiculum cum ea introieris, per tres dies ab ea te abſtine et nihil aliud, quam preces, funde, deinde demum cum ea rem habebis liberorum amore magis, quam libidine ductus.* Quisnam haec dixit? TOBIAE liber, inquis. Maluiſſem Deus. Videris ſane mihi ſatis iam in anguſtias redactus, quando ad fabellas me vocas. Nam is liber propter haec et alia quaedam non ſatis proba, iam dudum a Lutheranae ſectae alumnis inter apocrypha relatus. Attamen Romana eccleſia, ais, hunc librum catholicum putat. Miror quidem, neque tamen curo, cum ipſe Romanus Pontifex in toto titulo Decreti, qui inſcribitur: *An ea, quae cauſa incontinentiae ducitur, ſit coniux appellanda?* **) omnia haec TOBIAE verba, improbauerit, vtpote in quo titulo nuptiae non generandi, ſed tantummodo capiendae voluptatis cauſa initae, iuſtae reputantur et caſtae.

Hanc

*) cap. 6. v. 17.

**) Cauſ. 32. qu. 2

Hanc ipſam ob cauſam, ſatis abſurdum eſſe, ſi aduerſarius ille noſter ad *principium et canonem 1. Cauſa 32. qu. 2.* adducere nos velit, vbi 32
GRATIANVS: *quod autem non ſit vxor, quae ſola cauſa incontinentiae ducitur, hinc videtur probari poſſe; quia coniugium propagationis, non explendae libidinis cauſa a Deo inſtitutum eſt. Haec namque fuit benedictio coniugum:* CRESCITE ET MVLTIPLICAMINI — — *Qui ergo non cauſa procreandae ſobolis, ſed explendae libidinis, ſibi inuicem copulantur, non tam coniuges, quam fornicarii videntur. Hinc etiam* HIERONYMVS: *Sicut non omnis congregatio haereticorum Chriſti eccleſia dici poteſt, nec caput eorum Chriſtus: ſic non omne matrimonium quo non viro ſuo ſecundum praecepta Chriſti vxor iungitur, rite coniugium appellari poteſt, ſed magis adulterium.* Ineptum foret, inquam, et peruerſum haec contra nos allegare, cum ſingula haec argumenta, ipſe GRATIANVS, in canone tertio eiusdem tituli atque ſequentibus ex inſtituto refellat, et noſtram plane ſententiam probet.

Reſtat vltima aduerſariorum ratio. Nempe hominem, aiunt, ad 33
eum finem actiones ſuas dirigere oportere, ad quem eſt creatus. Itaque cum nosmet ipſi ſtatuamus: finem, quem primarium ſibi Deus propoſuit, non alium videri, quam vt matrimonia humano generi immortalitatem afferrent, *) caeteros omnes fines inſuper habendos eſſe. His ita reſpondetur, vt concedamus quidem, hominem nihil agere vel ſuſcipere debere, quod voluntati coeleſti ſit contrarium, aut quo offendi Deus poſſit; negamus autem honeſtum voluptatis ardorem, matrimonio conſopiendum, ei diſplicere. Generatim parum reuerenter de Deo cogitant, et nimium arctos eius prouidentiae limites conſtituunt, qui in vna re ſupremum numen non niſi vnicum finem ſibi propoſuiſſe, imaginantur. Propoſuit is ſibi, cum matrimonii appetitum animalibus hominibusque inſtillaret, haud dubie generis propagationem, fateor, ſed non ſolam. Voluit enim mortale genus eodem inſtinctu etiam ad domeſticam ſocietatem, quae reipublicae ex pluribus familiis concretae ſeminarium, allicere et, cum maxime ſit beneficus laetitiarum diſpenſator, id inprimis etiam, vt amoribus mutuis mas et foemina delectarentur, vt haberent vitae aerumnarum viri in opta-

*) Vide ſupra num. 27.

optata coniuge solatium, foeminae in viro tutelam. Sunt fortasse fines
alii nobis incogniti, quos scrutari nolo, vt si per vnius alteriusue ma-
trimonium vnus non obtineatur Dei finis, tamen obtineri possint et
34 reuera obtineantur caeteri. Generatim vero, vt hac difficultate nos
breuibus expediamus, ecce regulam: si ex duobus Dei finibus alterum
quis eligat, aeternum numen vix irasci potest. Quotiescunque enim
in vna eademque re naturam sibi plura proposuisse apparet, etsi vnum
principale sit, alterum non aeque, iurisconsulti docent, homini, quasi
debitori, liberam esse optionem. *L. 69. ff. de contrah. emt. L. 10. de
iure dot. L. 34. §. 6. de iureiur. L. 5. §. 1. ff. deposit. L. 34. §. 1. ff. de
contrah. emt.* L. *7. §. 5. ff. de donat. inter vir. et vx.* L. *6. §. 1. de iur. pa-
tron.* Itaque, quod rem praesentem attinet, cum in matrimonio in-
stituendo Deus et generis conseruationem et delectationem sexuum sibi
proposuerit, in eius offensionem nequaquam incidet, qui vel poste-
riorem eligat, illam vero, quae principalis est, negligat. Sufficit enim,
35 eum non contra, sed secundum diuinam voluntatem, agere. Scilicet
et gaudia nostra natura voluit. Ni hoc concesseris, multis rebus, quae
hucusque nemo improbauit, tibi interdicam. Non sorbebis amplius
gratam palato potionem, quam indi *Thee* appellant, nec Coffeum bi-
bes, nec suges Tabaci fumum. Etenim herbas Deus potissimum nu-
triendi causa fecit, vt iis animalia pascantur. Tu vero illis abuteris
ad dulcedinem saporis. Neque enim aluntur aut sustentantur Tabaco
corpora. Nec ex farina gluten, quo chartae sociantur, bibliopegi co-
quant, quoniam natura non hoc consilio, sed vt eo nutriamur, fru-
mentum nasci iussit. Sic sertum etiam ex floribus nectere, scelus erit.
Licet enim Deus herbis earumque floribus odorem, ad delectationem
et voluptatem inde capiendam, inesse iusserit, manifesto tamen appa-
ret, hanc narium oblectationem accessoriam, non autem principalem,
herbarum condendarum causam fuisse. Haec omnia si ad matrimo-
nium et propositam a nobis quaestionem, sapienter accommodaueris,
nullum est dubium, quin matrimonium capiendae voluptatis causa,
sine vllo proposito liberos habendi, contractum, dummodo foetifica-
tionem data opera coniuges non impediant, castum legitimum, et Deo
aeque gratum videatur, quam quod sobolis suscipiendae causa initum
36 fuerit. Barbam detondere et mentum, quod Deus in viris pilosum
esse voluit, nouacula imberbe facere, magis contra naturam, adeoque
pec-

peccatum multo grauius, exiſtimamus, quem nuptias celebrare ſolo CVPIDINE, non autem ſacro PROMETHEO vel DEVCALIONE, paranymphis.

Ne vero aliquis nos *Medium* cum *Fine* confundere et appetitionem 37
illam veneream Medium quidem, quo Deus ad obtinendum propoſitum vtatur, non autem finem vocari poſſe pronuntiet, hoc probe teneamus, ipſum medium ad extremum illud obtinendum, etiam finem eſſe, plane vt in ſcala gradus intermedios petimus, vt ad ſummum veniamus, ſecundum illud veteris ſcholae dictatum: *Qui vult finem, vult etiam media.* Ex quo plane apparet et carnis delectationem Deo probari et inter *fines* referendam eſſe. Sapientes ſcilicet plura per idem medium intendere ſolent, vt ſi via, quam ingreſſi ſunt, id quod maxime volunt, non obtineant, tamen eadem via ad aliud aeque gratum perueniant et, ſic enim veteres bene dixerunt, *vnius medii plures fines ſint.* Quae cum ita ſe habeant recte ſtatuimus eum, qui ſecundarium finem, quem Deus in matrimonio inſtituendo ſibi propoſuit, ſequatur, altero principali inſuper habito, nullo modo peccare, quia non contra Dei voluntatem, ſed ſecundum illam agit. Quomodo ergo iraſci poſſit?

Finge ſenem quendam filium ſuum ad noſtram ſcholam ablegare, 38
atque diſcedenti claris verbis aperire, ſe eum mittere ad leges et iura addiſcenda eo conſilio, vt hac ſcientia ſe aliquando honeſte ſuſtentare poſſit. Scit ergo filius et clare intelligit patris conſilium, quare in ſcholam miſerit. Is vero, quando ad nos peruenit, diſcit quidem leges et tractat diligenter, ſed, vt ingenui adoleſcentes ſolent, non panis lucrandi deſiderio, qui patris primarius finis erat, ſed gloriae cupiditate incitatus, aut quod in vero detegendo et eruendo miram voluptatem capit. Non ſuccenſebit, vt opinor, ei pater, cum probe ſciat, ſe ſuum finem obtinere, etiamſi filius alia conſilia agitet. Sufficit enim filium ea facere, quae paternae voluntati conueniunt, ſufficit patri ſatisfieri. Is demum peccat, qui contra ſuperioris voluntatem nititur, non autem qui ei ſatisfacit, etiamſi in propoſito a nobis exemplo plane aliud filio ſit, quam patri, inſtitutum. Eodem modo ſe res habet in homine, qui, etiamſi in contrahendo matrimonio de nulla re minus, quam de liberis cogitat, eos tamen, ſaepe etiam inuitus, progignit.

39 Ad vltimum hoc adhuc vnum ex te quaero: dic mihi quaeſo: Natura plantis nonne eam ob cauſam ſemina innaſci iuſſit, vt propagentur, ne creatarum vlla pereat? Si negas, te ad papaueris capita ad reliquas ſeminum thecas ducam, vt intelligas, quam apte folliculos, et putamina, quae grana continent, natura parauerit, quam prouiderit, vt maturo ſemine thecae cum impetu rumpantur, vt granula futuram in aeſtatem late ſe ſpargant, vt ſulcis ſe inſinuent. Hoc ſi verum eſt, tu tamen, improbe! frumento caeterisque frugibus veſceris easque in piſtrina contundis. Video, quid repoſiturus ſis. Nempe granula non ſolum vt herbae renaſcantur, verum etiam, me ipſo ſuperius fatente, vt pabulo ſint animalibus, naturam edidiſſe. Credo equidem, ſed, ſi quid video, primarius tamen in ſeminibus condendis Dei finis herbarum propagatio. Ni enim propagarentur, nec comedi poſſent. Itaque propagatio primarius, victus ſecundarius ſcopus eſt. Quis autem, quando panem edit, de hoc primario fine cogitat? Credo, hercle! nunquam vllum hominem hoc peccatum inſigne, aut facinus maiori hoſtia expiandum putaſſe. Tu nempe ſolus, abnormiter ſapiens, contra quem diſputo, ſcelus dicis, ſi quis omiſſo principali fine ſecundarium accipiat. Non teneo te amplius, ſed pertaeſus de re nimium clara et manifeſta vlterius rixari, diſcedens ſaluto atque valere ita iubeo, vt ipſe matrimonium pura mente et vnica ſobolis meditatione contraxiſti.

A.

Sententia Facultatis Theologicae et Iuridicae Lipſienſis Anno MDCCLXIV. perlata.

40 Wohlehrwürdige, Geſtrenge, Veſte und Hochgelahrte, Günſtige Herren und gute Freunde.

Als die Herren uns Hanß Rödigers Geſuch ſich anderweit zu verehlichen, ſamt denen diesfals ergangenen Acten zugeſchickt. Demnach erachten wir Dechant, Ordinarius, Senioren auch andern Doctoren und Profeßoren der Theologiſchen und Juriſten Facultät in der Univerſität Leipzig, ſo wohl in Gött- als Geiſt- und Weltlichen Rechten gegründet und zu erkennen ſeyn;

Daraus

Daraus so viel zu befinden: Daß Hanß Rödigern die gesuchte ander-
weitige Ehe mit Marien Beckerin, gestalten Sachen nach, wohl verstattet
werden mag.

Rationes Dubitandi et Decidendi

Ob wohl Rödiger von seinem erstern Weibe fol. 139. wegen Unver- 41
mögens und Untüchtigkeit zu ehelichen Werken, durch Urthel und Recht ge-
schieden, und auf D. Gottfried Viebegs medicinisches Gutachten fol. 122.
damals gesehen worden, welcher Rödigern zur Ehe für ganz untüchtig erklä-
ret, ihm ein träges Temperament zuschreibet, und ferner saget: „Seine ge-
„nitalia sind zur cohabitation sehr schlecht, das membrum virile breue,
„tenue et sine erectione, testiculi vltra statum naturalem paruioris
„conditionis, er ist ein Subiectum impotentis animi ad procreandos li-
„beros incapax et inhabile" solchemnach, ob Rödigern eine anderweitige
Ehe verstattet werden möge? starker Zweifel vorhanden, sintemal nicht zu
leugnen, daß das Kinderzeugen einer der hauptsächlichsten und nächsten
Endzweke dererjenigen sey, welche Gott bey Einsezung der Ehe sich vor-
gesezet, weil die Meynung einiger Gottes - und Rechtsgelehrten, welche
die Worte 1. B. Mos. 1. v. 28. Und Gott segnete sie und sprach,
seyd fruchtbar und mehret euch, und füllet die Erde, blos für einen Segens
Spruch halten, woraus die Absicht des Schöpfers mit ungezweifelter
Gewißheit sich keineswegee schließen lasse, nicht durchgängig angenommen,
übrigens ob bey denen Heyrathen unvermögender und zur Ehe untauglicher
Personen, Mann und Weib ein Fleisch zu nennen? wie gleichwohl die Ehe
1 B. Mos. 2, v. 24. beschrieben wird, gezweifelt werden möchte, auch weil
Unanständigkeiten, so viel als möglich, vermieden werden sollen, daß die
Worte obgedachten göttlichen Seegens: Seyd fruchtbar und mehret euch,
welche man denen neuen Eheleuten in der Trauung vorzulesen pfleget, bey
nicht zu hoffender Fruchtbarkeit zu Spöttereyen Anlaß geben möchten, sowohl
auch dieses zu besorgen stehet, daß wenn dem beschriebenen Rödigern die Be-
ckerin an die Seite geleget werden solte, ob sie gleich vorjeßt, da sie noch von
keinem Manne weiß, und von Natur keines wollüstigen Temperaments zu
seyn scheinet, über dieses sich der Gabe der Enthaltung rühmet, selbige gleich-
wohl dereinst zu fleischlicher Begierde gereizet werden, und Rödiger bey ihr
zwar ein Feuer erweken, aber dasselbige nicht stillen könnte, oder wenn auch
dergleichen nicht zu befahren, daß doch allenfals wider sie mancherley Muth-

masungen und Aergerniße in der Gemeinde entstehen möchten, besorget wird; Uebrigens des hochbejahrten Davids Ehe mit Abisag, welches zum Beyspiel angeführet werden will, uns zu keinem Fürbilde dienet, und bey Josephs und der Mariä Heyrath besondere Geheimniße vorhanden; Hiernächst das in dem neuern medicinischen Attestato fol. 178 b befindliche Anführen, was maßen Supplicant einen Trieb zur Beywohnung, pollutiones nocturnas auch erectionem habe, da solches bey der Besichtigung sich nicht gezeiget, auf dieses Rödigers bloser Aussage beruhet, mithin wenig Aufmerksamkeit verdienet, allenfals, daß derselbe nicht die Beckerin, sondern sein erstes Weib, wieder annehmen müsse, aus den lezten Worten *capituli 5. X. de frigid. et maleficiat.* gefolgert werden möchte.

42 **Dennoch aber und dieweil** das Kinderzeugen nicht der einzige Zweck der von Gott eingesezten Ehe ist, da aus 1 B. Mos. 2, v. 18. deutlich abzunehmen, daß die Beförderung des geselligen Lebens denenjenigen, so zu heyrathen gedenken, eben sowohl zur Absicht dienen könne, welche noch gewisser als ersterer Endzweck erhalten werden kan, da dieses mehr in derer Eheleute Gewalt stehet, mithin wenn auch Mann und Weib sich lediglich des mutui adiutorii halber zusammen begeben, solches ein rechtmäßiger Ehestand zu nennen, so lange bey keinem Theile zu besorgen, daß bey ihrer Verbindung eine unreine Lust zu fremden Personen und daher besorgliche Gefahr der Versündigung entstehen möchte, immasen die Absicht der wechselseitigen Hülfe, auch der zu hoffende Genuß eines vertraulichen Umgangs, eben so rechtmäßig, als jener Hauptzweck.

BIDENBACH *Promtuar. Connub. in Append. de caus. matrim. p. 326.*
BAVMGARTEN **Evangel. Glaubens-Lehre 3ter Band 2 Theil.** *art. 23. §. 4. num. 2. seq.*
BRVNNEMAN. *ad L. 26. C. de nupt. num. 4.*
BRVCKNER *Decis. Iur. matrim. cap. XI. §. 23. p. 234.*

wie denn auch einer Mannsperson, welche propter ventris obesitatem von sich selbst gezweifelt, ob sie Kinder zu erzeugen tüchtig sey? eine Witbe, die bereits mit zweenen Männern nach einander unfruchtbare Ehen gehabt, zu heyrathen vergönnet worden,

BOERNER **Theologisch. Bedenk. 3ten Theils erster Abschnit** *Resp. 8. p. 806.*

und

und nichts zur Sache thut, daß wegen Unvermögens eines oder des andern Theils die Ehen so gar getrennet zu werden pflegen, sintemalen kein Schluß zu machen, daß weil alsdenn diese Heyrathen für nichtig erkläret werden, wenn auch schon die priesterliche Einsegnung erfolget, es um so viel billiger sey, daß dergleichen Ehen gleich Anfangs nicht zugelassen würden, immaßen die Ehescheidung ersten Falls nicht anders geschiehet, als wenn der leidende Theil darüber Klage führet, mithin solches auf den Fall wenn beyde damit zufrieden, nicht zu ziehen, und aber die Beckerin, welche Rödiger zu heyrathen gedenket, eine Weibsperson von 37 Jahren, ihn fol. 134. für gut zu halten sich erkläret, es möge auch mit ihm beschaffen seyn, wie es wolle; Da denn bekant, daß wer wissentlich einen Unvermögenden heyrathet, vergeblich auf die Ehescheidung klage,

Cap. 4. X. de frigid. et maleficat.

CARPZOV. *Iurisprud. Consist. lib. I. tit. XI. defin. 202. num. 2. et 3.*

dahingegen solche Personen, welchen die Schwäche des andern Theils vorher unbewust, und solchen Fehlers ungeachtet beysammen bleiben wollen, in ihren Gewissen nicht verbunden solches anzuzeigen, weil der Zweifel, daß sie gleichwohl, dem obristen Endzwek zuwieder, bey einander lebeten und also sündigten, alzu hoch getrieben,

Cap. 5. X. de frigid. et maleficiat.

permittitur enim tali, vt vxorem habeat, si non vt vxorem, saltem vt sororem, anbey die Spöttereyen über den gewöhnlichen Segens-Spruch bey einer Person, welche nicht augenscheinlicher Weise untüchtig, weniger zu besorgen, als wenn ein 80jähriger Greiß eine alte Weibsperson von 70 Jahren heyrathet, welche Ehen, ob schon der Natur nach unmöglich Nachkommenschaft zu hoffen, gleichwohl verstattet zu werden pfleget, wozu noch kommet, daß Rödigers Leibesumstände vermuthlich sich in etwas geändert haben, da bey der neuen Besichtigung der Arzt und Physicus, Johann Elias Buschman fol. 177 b daß Rödiger mit einem tüchtigen apparatu virili versehen, besaget, und fol. 178. Johann Adam Reichart, der Arzneykunst Doctor, daß Rödiger nicht weibisch sey, sondern einen starken Barth habe und sein Geburts Glied richtig wäre, schriftlich bezeuget, solchemnach bey ihm allemal mehr, als bey Verlobten Greisen, Hoffnung vorhanden, endlich weil dergleichen Umstände sich sehr selten ereignen, daß durch Verstattung dieser Ehe die

die Sache zu einem dem gemeinen Wesen nachtheiligen Misbrauche ausschlagen werde, nicht im geringsten, wohl aber, wenn ihm zu seinem ersten Eheweibe, fals solche noch ledig, sich wieder zu begeben, auferleget werden solte, Unordnung zu besorgen, wie denn auch obangezogene päbstliche Rechte nur auf den Fal, wenn beyde Eheleute, um von einander zu kommen, einen falschen Eyd, daß sie einander nicht beywohnen können, geschworen, die Erneurung der ersten Ehe zur Strafe auferlegen, sonst aber dieses nicht gebräuchlich; So ist wie in Urthel enthalten, von uns billig erkant.

B.

43 *Nobilissimi cuiusdam militis ad Theologos Hallenses epistola, quae ex iis quaerit: anne propter solam voluptatem, sine vllo liberos habendi desiderio, nuptias inire liceat?*

Hochwürdige und Hochgelahrte,

Hochgeehrteste Herren,

Ich bin 40 Jahr alt, und habe in meiner ersten Ehe, so nur fünf viertel Jahre gedauert, einen Sohn erzeuget, solchemnach gar bald erfahren, daß der Endzweck, welchen Gott bey Einsezung des Ehestandes sich vermuthlich vorgesezet, bey mir wohl erhalten werden könne, und weil ich mich erinnere κρεῖττον ἐιναι γαμῆσαι, ἢ πυρῦσθαι, so bin ich bey meinem Vermögen, das mir Gott gegönnet, ein armes Fräulein aus vornehmen Hause durch eheliche Verbindung in bessere Umstände zu versezen Willens, muß aber freymüthig bekennen, daß ich dieses nicht in der Absicht thue, um Kinder zu bekommen, ob mir wohl zu Befestigung meines Nahmens und dreyer Ritter-Güther, da mein Sohn schwächlich, mehrere zu haben sehr nüzlich wäre, bey welchen Umständen ein anderer Nachkommenschaft eifrigst wünschen würde, welches doch bey mir sich keinesweges findet, sondern ich heyrathe bloß, um nicht bey dem in mir täglich aufsteigenden Feuer auf Abwege und Sünden der Unzucht zu gerathen oder Hurerey zu begehen, zu welcher mich mein Fleisch und

und Blut schon vielmals zu verleiten gesuchet. Ob wohl mit eifrigen Gebethe mich vielmals zu Gott genahet und ihn angerufen, daß er mir ein Verlangen und Wunsch in meinem bevorstehenden Ehestande Kinder zu haben, eingeben möchte, so kan ich doch Ew. Hochwürden nicht verhalten, daß ich mich allemal selbst betrogen, wenn ich mir einbilden wollen, daß dieses meine Hauptabsicht sey, immasen ich versichern kan, daß ich dieses Endzwecks halber mich niemals in die Ehe begeben würde. Ich habe in Geselschaften vieler Gelehrten diesen Zweifel aufgeworfen; alle haben mich versichert, daß keiner von ihnen in dieser Absicht geheyrathet habe, und komme auf die Gedanken, Gottes Endzweck werde per indirectum doch erhalten, wenn sich auch die Menschen einen andern Endzweck vorsezeten; Gott habe das Feuer der Liebe in allen Thieren selbst angezündet, also werde auch derjenige nicht sündigen, welcher in der Absicht, solches gesezmäßig zu dämpfen, sich in die Ehe begebe, ob er gleich nicht deswegen heyrathe, damit er Kinder erzielen möge, als welches wenigstens meine Absicht ganz und gar nicht ist. Ich weiß fast gewiß, daß mir Kinder nicht mangeln werden, und weil ich meinen Sohn erster Ehe mit äuserster Zärtlichkeit liebe, würde vermuthlich auch an der künftigen Descendenz, die ich erhielte, eine gleiche Freude haben, aber genug, es ist dieses mein Zwek nicht, sondern ich mag mich verleugnen, so viel ich immer wil, so finde doch, daß ich hauptsächlich weiter nichts, als ein remedium vstionis suche, und sonst außerdem ohn allen Zweifel lieber ledig bleiben würde. Eben so wenig kan mich das mutuum adiutorium reizen. Denn es ist außer Zweifel, daß bey meinen Umständen, da ich ein Soldat bin, eine Frau mir mehr zur Last gereiche, weil ich Wartung und gute Freunde, auch arme Verwandte in Ueberfluß habe, welche den Abgang einer Ehegenoßin zehnfach ersezen. Weil ich nun mein Gewißen gerne bedeken wolte, so werden Sie gegen die schuldige Gebühr mit beygefügten Zweifels- und Entscheidungs-Gründen mich zu belehren die Gütigkeit haben:

Ob ein Mensch, welcher bloß von Fleisch und Blut getrieben, die Ehe wünschet, dabey aber im geringsten nicht die Absicht hat, Kinder zu erzeugen (die er doch wenn Gott dergleichen bescheret, mit Dank annehmen und statlich erziehen wird) heyrathen dürfe?

Ein jeder frage hierbey sein Gewissen, in welcher Absicht er geheyrathet? Solte man so strenge Gottes Absicht nachgrübeln, dürfte wahrhaftig aus

Mehle kein Kleister, dessen sich die Buchbinder bedienen, noch Puder in die Haare zu streuen, gefertiget werden, weil Got das Getreyde nicht hierzu, sondern zur Nahrung geschaffen. Ohnstreitig ist das der obriste hauptsächlichste Endzweck. Hat nicht ferner der Schöpfer, da er dem Steine eine Schwere beygeleget, gewolt, daß er gegen die Erde drüke? Solte also die Strenge derer Gewißenstörer gelten, würde derjenige sündigen, welcher der obristen Absicht zuwider einen Kieselstein mit der Schleuder in die Höhe wirft. Gott erhält seine Absicht und es wird die Welt mit Bürgern erfüllet, wenn auch gleich die allermeisten Menschen bey ihren Heyrathen, dieses nicht zu ihrer Absicht haben. Die Thiere wissen auch nichts von Kinderzeugen. Ihr Geschlechte gehet deswegen nicht unter, ob sie gleich weiter nichts, als ihre Wollust suchen. Solte wohl ein anderer, der zum Beyschlafe tüchtig, aber ob fatuum aut nimis aquosum semen ad generandum sit inhabilis, nicht mit guten Gewißen sich in die Ehe begeben können, da er doch seinem Weibe, auch ohne Kinder zu erzeugen, Gnüge zu leisten, im Stande? Ich wiederhole es noch einmal, mich für meine Person, werden Kinder erfreuen, ich werde sie lieben, sie sind über dieses wegen meiner Rittergüther mir zu wünschen, bey alle dem versichere aber, daß ich bey meiner Heyrath eine andere, nehmlich bloß fleischliche Absicht habe, welches ich als eine gewisse Wahrheit anzunehmen bitte. Ich verhele nichts, verleugne mich auch nicht. Belehren Sie mich, ob ich sündige? welches ich zwar nicht glauben kan, doch aber mein Gewissen auf alle Fälle bewahren möchte. Ich bin

Ew. Hochwürden

Meiner Hochgeehrtesten Herren

Neustadt
den 21. April 1764.

ergebenster Diener
C. R. v. K.
Obrister über ein Regiment zu Fuß.

C.

Facultatis Theologicae Hallensis ad praescriptas litteras Responsio.

Hochwohlgebohrner Herr,
Hochzuehrender Herr Oberster.

Ew. Hochwohlgebr. hochgeneigtes Schreiben vom 21. April ist uns erst den 27sten dieses eingehändiget und zugleich gemeldet worden, wie unsere Antwort höchstens auf den 5ten Junii einlaufen müste, woferne sie Denenselben bey Faßung Dero Entschließungen noch brauchbar seyn solte.

Wir haben demnach, um dem Verlangen Ew. Hochwohlgebr. eine Genüge zu thun, den gesamten Inhalt Dero Schreibens, insbesondere die vorgelegte Frage:

> Ob ein Mensch, welcher blos von Fleisch und Blut getrieben die Ehe wünschet, dabey aber im geringsten nicht die Absicht hat, Kinder zu erzeugen, die er doch, wenn Gott ihm dergleichen bescheret, mit Dank annehmen und stattlich erziehen wird, heyrathen dürfe?

ohne Anstand in eine reife gemeinschaftliche Erwegung gezogen, und beschloßen, Denenselben unsere Gedanken darüber folgender gestalt zu eröfnen.

Erstlich ist und bleibt die Erzeugung und Erziehung der Kinder der 45
eigentliche Haupt-Endzweck Gottes bey der Ehe, solches lehret sowohl die aufmerksame Betrachtung der Natur des Menschen, und der Einrichtung der beyderseitigen Geschlechter, als auch die göttliche Offenbarung aufs deutlichste und unwidersprechlichste. Gleich bey der Schöpfung und Verbindung des ersten Mannes und des ersten Weibes, wird dieser eigentliche Endzweck deutlich angezeiget, indem es hieß, seyd fruchtbar und mehret euch und

füllet die Erde. Die Einrichtung aber der ersten Ehe zwischen den beyden ersten Menschen, ist nach der Anzeige Christi Matth. 19. in den wesentlichen Stücken eine unveränderliche und verbindliche göttliche Vorschrift aller Ehen.

46 Zweytens hat dieses seine Richtigkeit, so folget daraus nothwendig, daß auch diejenigen, welche in die Ehe treten, sich diesen göttlichen Haupt-Endzwek gebührend vorstellen, und den Vorsaz fassen und haben sollen, denselben zu erreichen, mithin dasjenige ihrer Seits zu beobachten, was zur Erreichung desselben nach göttlichen Willen erfordert wird, obgleich um deswillen nicht nöthig ist, daß bey jedem Gebrauch der Ehe eine ausdrükliche Vorstellung und Bewustseyn besagten Endzweks und Vorsazes, oder auch eine besonders heftige Begierde, Kinder zu bekommen, im Gemüthe vorhanden sey.

Was in dem Schreiben besonders, durch Beybringung gewisser vermeynter ähnlichen Fälle, gegen das angeführte eingewendet worden, ist von keiner Erheblichkeit, und gar leicht beantwortlich. Da der Haupt-Endzwek, warum Gott das Getreide giebt, nach dem eigenen Geständniß in Ew. Hochwohlgeb. Schreiben darinnen bestehet, daß es ein Nahrungs-Mittel seyn solle, folget eben daher, daß es allerdings unrecht seyn würde, wenn man diesen Haupt-Endzweck gänzlich bey Seite sezen, und alles Getreide lediglich und alleine zu Kleister und Puder brauchen wolte; obgleich dieses gar wohl geschehen kan, daß der Mensch es außer dem Genuß, auch zum Theil noch auf andere Weise nuze, mithin etwas davon zu Kleister und Puder brauche. Es findet sich überhaupt bey den Geschöpfen Gottes eine solche weise und vortheilhafte Einrichtung, daß sie zur Erreichung mehrerer Absichten brauchbar sind; der Gebrauch zu den Neben-Absichten aber kan den Gebrauch zu der Haupt-Absicht niemals rechtmäßig verdrängen. Man kan demnach aus diesem Gleichniß höchstens nur so viel schließen, daß neben der Haupt-Absicht der Ehe, auch noch andere Neben-Absichten stat haben können, wovon wir nachhero noch handeln werden, nicht aber, daß es erlaubt sey, lediglich um der Neben-Absichten willen, mit gänzlicher Beyseitsezung des Haupt-Endzwecks, in die Ehe zu treten. Das Gleichniß vom Stein ist noch weniger zu einem Erweis oder Erläuterung dieser Sache brauchbar, daß man nemlich um der Neben-Absichten willen bey der Ehe die Vorstellung des

Haupt-

Haupt-Endzwecks bey Seite sezen dürfe. Die Schwere, welche Got dem Steine beygelegt, ist eigentlich nicht der Endzweck, wozu Gott den Stein erschaffen, sondern nur eine Eigenschaft, die ihm beygeleget werden müssen, damit er auf der Erde bleiben, folglich auch beständig auf derselben zur Erreichung der Absichten, wozu ihn Got eigentlich erschaffen, dienen könte: Zur Erreichung mancher solcher Absichten aber wird unumgänglich erfordert, daß er auf allerley Weise beweget werden könne, welche Bewegung demnach Got durch die Beylegung der Schwere keinesweges verbieten oder hindern wollen. Bey den Thieren ist der Endzwek der fleischlichen Vermischung von Seiten Gottes allerdings die Fortpflanzung ihres Geschlechts, daß sie sich aber diesen Zwek dabey selber nicht vorstellen und vorsezen, solches rühret von dem natürlichen Mangel des Vermögens dazu her. Eine ganz andere Bewandniß aber hat es mit dem Menschen; als welchem Got das Vermögen, den Endzwek der Ehe zu erkennen gegeben, mithin ihn eben dadurch verpflichtet hat, denselben auch zu bedenken, und sich vorzusezen.

Was von denen endlich beygebracht ist, die wegen des unkräftigen und unbrauchbaren Samens keine Kinder zeugen, und also den Haupt-Zwek des Ehestandes nicht wirklich erreichen können, entscheidet in dieser Sache gar nichts. Ein Mensch, indem er in die Ehe trit, weiß es vorher nicht mit Gewißheit, ob er zur wirklichen Erreichung des Haupt-Endzweks wegen besagter Beschaffenheit des Samens ganz untüchtig sey, und wenn er es auch zu der Zeit wüste, so kan er doch nicht wissen, ob sich seine Natur darinnen nicht mit der Zeit ändern werde; es bleibet daher ein solcher immer verbunden, sich den Haupt-Endzwek der Ehe vorzustellen, und es sodann dem göttlichen Willen und seiner in dieser Sache besonders waltenden freyen Regierung zu überlassen, ob derselbe in seiner Ehe würklich erreicht werden solle oder nicht.

Drittens. Nachdem nunmehr bey dem Menschen wegen seines tiefen 47
natürlichen Verderbens alle von Gott eingepflanzte Naturtriebe in Unordnung gerathen, so findet solches freylich auch besonders bey dem Triebe zum Beyschlafe stat. Da nun aber dieser Trieb nach götlicher Verordnung keinesweges anders, als in der Ehe gestillet werden sol und kan; so ist nun freylich auch nach göttlichem Willen, bey der gegenwärtigen Zerrüttung der menschlichen Natur, dieses zugleich mit ein Zwek der Ehe worden, daß durch die

an sich erlaubte Befriedigung desselben in der Ehe, die Menschen gegen die Hurerey und andere schändliche und schädliche Verunreinigungen Leibes und der Seelen desto sicherer verwahret werden sollen: wie solches Paulus 1 Cor. 7. v. 2. 5. 9. deutlich anzeiget. Allein ein wahrer Christ, dem die Volbringung des gesamten Willens Gottes billig angelegen ist, kan und sol bey dieser ursprünglich aus dem gegenwärtigen Verderben herrührenden Nebenabsicht und Nuzen der Ehe nicht stehen bleiben, sondern allerdings beflissen seyn, auch die Hauptabsicht Gottes geziemend zu bedenken, und theils durch anhaltende ernstliche Vorstellung derselben, theils durch aufrichtiges und anhaltendes Gesuch des dazu nöthigen und verheißenen Gnaden Beystandes Gottes, es dahin zu bringen, daß er dasjenige hierinnen thun könne, was ihm der Natur nach zu schwer werden wil.

48 Viertens. Aus obigen folget demnach, daß ein Mensch, der in der Ehe lediglich die Stillung der sinlichen Lust suchet, den eigentlichen göttlichen Endzwek aber sich gar nicht dabey vorsezet, die Erreichung desselben nach Gottes Willen ganz und gar nicht verlanget, ja wohl ungerne siehet, allerdings sündige. Inzwischen wenn ein solcher, wofern er bey dieser Fassung außer der Ehe bliebe, Brunst litte, und sich in schwere Versuchungen, der Hurerey oder anderer Leibes- und Seelenverderblicher Greuel und Unreinigkeiten stürzte; so ist es für einen solchen, nach Pauli Entscheidung, doch rathsamer zu freyen, als Brunst zu leiden; wenn er nur nicht den bösen Vorsaz hat und volziehet, die Erreichung des Hauptzwecks durch geflissentliche Vornehmung schändlicher Unthaten, so viel an ihm ist, auch gar zu hindern; als dessen äußerste Verabscheuung Got durch die scharfe Ahndung derselben an dem Onan zu erkennen gegeben 1 B. Mose 38. v. 9. 10. dabey aber ist ein solcher treulich zu vermahnen, die Hauptabsicht Gottes doch immer zu bedenken, und sich in diejenige Ordnung aufrichtig zu begeben, worinnen er theils die Vergebung solcher Versündigung aus Gnaden um Christi willen erlangen, theils Gott um die zur Verbindung der gesamten Absichten benöthigte Gnade zuversichtlich anrufen, und die Erhörung eines solchen Gebets gewiß erwarten könne.

49 Nachdem wir nun obige Stüke vorausgesezt und erwiesen, mithin dadurch den vornehmsten Inhalt des an uns abgelassenen Schreibens erörtert zu haben glauben, so können wir dem zufolge die uns vorgelegte Frage:

Ob ein Mensch, welcher bloß vom Fleisch und Blut getrieben, die Ehe wünschet, dabey aber im geringsten nicht die Absicht hat, Kinder zu erzeugen, die er doch, wenn ihm Gott dergleichen bescheret, mit Dank annehmen, und statlich erziehen wird, heyrathen dürfe?

in Absicht auf Ew. Hochwohlgeb. als die sie eigentlich angehet, nicht anderst als mit Ja beantworten. Wir sezen aber dabey dasjenige, was Ew. Hochwohlgebl. von sich Sich selbst, und Dero sowol natürlichen Zustand als Gemüthsfassung und Gesinnung melden, als richtig und gewissenhaft von Denenselben versichert voraus, indem darauf unsere Entscheidung beruhet. Die Gründe unserer Bejahung aber sind nach dem, so wir oben bereits fest gesezt, folgende:

1) Ew. Hochwohlgeb. bezeugen von Sich, daß Sie zwar durch das Verlangen und den Vorsaz Kinder zu erzeugen, ganz und gar nicht, sondern 50
lediglich durch den Trieb zum Beyschlaf sich angetrieben finden, in die Ehe zu treten; inzwischen versichern Dieselben doch, daß wenn Ihnen Got, auch ohne Ihre eigentliche Absicht, Kinder bescheren wolte, Sie solche als eine theure Gabe Gottes mit Dank annehmen, und für ihre gute Erziehung treulich sorgen würden. Hat diese gesamte Versicherung ihre Richtigkeit, so findet sich erstlich bey Ew. Hochwohlgeb. der eine rechtmäßige Grund der Verehligung bey gegenwärtiger Beschaffenheit der menschlichen Natur, nehmlich die Stillung des Triebes zum Beyschlaf, damit derselbe widrigen Fals nicht eine für Leib und Seele schädliche Brunst errege; und da entscheidet Paulus ausdrücklich, es sey in solchem Falle besser freyen, als Brunst leiden.

Was den Haupt-Endzweck, warum man in die Ehe treten sol, anbelangt, so bekennen zwar Ew. Hochwohlgeb. von Sich, daß Sie Sich nicht bewust wären, denselben wirklich zu haben; inzwischen bezeugen Dieselben gleichwohl, daß Sie der Erreichung desselben keinesweges entgegen seyn und handeln, sondern vielmehr Dieselben sich würden angenehm seyn lassen. Findet sich nun würklich eine solche Neigung und vergnügliche Gesinnung gegen die Kinder, die Ihnen Got etwa bescheren wolte, bey Denenselben; so scheinet uns in der That etwas von einem geheimen Verlangen, in der vorhabenden Ehe auch wirklich Kinder zu erzeugen, dabey zum Grunde zu liegen;

liegen; obgleich Ew. Hochwohlgeb. eines solchen Verlangens Sich nicht deutlich bewust sind, und vielleicht dasselbe um deswillen nicht so an Sich bemerken können, weil Sie sich bey und über dem Disputieren von dieser Sache, durch die Neigung zum Widerspruch unfähig gemacht, besagtes Verlangen bey Sich zu merken, wovon doch würklich etwas vorhanden zu seyn scheinet, das aber nicht bis zu einer heftigern und dahero merklichern Begierde steiget. Es komt uns solches aus einigen Stellen des Schreibens Ew. Hochwohlgeb. sehr wahrscheinlich vor, und Dieselben werden es im Besten vermerken, daß uns das gute Vertrauen, welches Dieselben in dieser Angelegenheit gegen uns geäusert, so freymüthig macht, diese unsere Gedanken offenherzig zu entdeken.

2) Ew. Hochwohlgeb. bezeugen ferner, daß Dieselben die Gabe nicht haben, ohne die größeste Gefahr der Hurerey oder anderer schändlicher und verdamlicher Befriedigungen des Triebes zum Beyschlafe, außer der Ehe zu bleiben, folglich findet hier der Ausspruch Pauli stat: Um der Hurerey willen habe ein jeder sein eigen Weib.

52 Gleichwie wir nun die angeführten Gründe zur Bejahung der Frage für hinreichend halten, so finden wir doch auch nöthig, folgendes zu Ew. Hochwohlgeb. möglichsten Sicherheit und nöthigen Gewissens Verwahrung hinzu zu fügen.

Da Ew. Hochwohlgeb. gleichwohl beständig und mit Bezeugung vieler Gewißheit von Sich versichern, daß Sie bey Eingehung der Ehe die Erzeugung der Kinder ganz und gar nicht zum Zwek hätten, und daher um derselben willen niemals heyrathen würden, ein Christ aber, nach unsern obigen Erweisen, gleichwohl verbunden ist, diesen Zwek zu bedenken, und sich vorzusezen; so sind Ew. Hochwohlgeb. allerdings verpflichtet, den götlichen Willen in dieser Sache sich fleißig vorzustellen, und hiernächst Gott darum ernstlich anzurufen, daß er Ihnen dasjenige, so Ihnen diesfals mangelt, und gleichwohl nach seinem Willen nöthig ist, aus Gnaden schenken wolle, damit Sie die Ehe in allen Absichten nach seinem wohlgefälligen Willen führen mögen. Ew. Hochwohlgeb. melden nun zwar in Dero Schreiben, daß Sie Got mehrmals darum angerufen, aber das so Sie gesucht, nicht erhalten hätten. Alleine auch hierinnen ist theils das unermüdete Anhalten im Gebeth, theils aber auch die aufrichtige Ergebung in die gesamte Gnaden-Ordnung

nung Gottes nöthig; hat es mit diesen beyden Stüken seine Richtigkeit, so wird das Gebeth um eine nöthige und dem Willen Gottes gemäße Sache doch endlich nicht vergeblich seyn.

Schlieslich wünschen wir von Herzen, daß Gott Ew. Hochwohlgeb. fertig machen wolle zu allem guten Werk, in diesem und in allen andern Stüken, zu thun seinen Willen, und selbst schaffen in Ihnen, was vor ihm gefällig ist, durch Jesum Christ. Anbey verharren wir mit besonderer und schuldigen Achtung

Ew. Hochwohlgeb.

Halle
den 30. May 1764.

gehorsamste und Dienstergebenste
zur Theologischen Facultät verordnete Decanus, Senior
und übrige Professores.

OBSERVATIO CCCXCII.

Retractus an exerceri possit, si extraneus iam sit inuestitus.

Distingue inter actionem ex pacto aduersus venditorem et inter illam, 1
quae contra emtorem tanquam tertium possessorem consanguineo retrahenti, quasi quaedam vindicatio datur. Haec post traditionem iudicialem euanescit. Nam si iudicialis resignatio immo vt inferiori Obseruatione ostendemus tantum subhastatio secuta fuerit, potentius est ius emtoris extranei, quam consanguinei retrahentis. *Constit. Elect. 31. P. 2. Vide etiam supra Obs. XCVI. in fine.* nec obstant verba
in Constit. Elect. 32. P. 2. obuenientia obgleich das Guth verkauft und ei- 2
nen andern tradiret, quia de priuata traditione, non de resignatione iudiciali accipienda. Quod autem conuentionalem retractum atque actionem contra venditorem ad id, quod interest, attinet, ea etiam post iudicialem resignationem patet ei, cui protimisis promissa, siquidem

venditor tunc condemnari solet: Daß er das an Diezen verkaufte Guth Klägern in Lehn und Würden zu verschaffen schuldig. Si hoc non praestat, in id condemnatur, quod interest. Quae non ex lege, sed pacto, protimisis venit, aduersus tertium possessorem realem actionem nunquam tribuit, etiam si hic nondum inuestitus fuerit. *Constit. Elect. 32. P. 2.* Exceptio est nisi emtor doli fuerit particeps, tunc enim actione doli tenebitur.

OBSERVATIO CCCXCIII.

Debitori ante diem soluere licet in mutuo, non in foenore.

1 Satis notum est, quod tempus solutionis semper in fauorem debitoris adiiciatur, ex quo sequitur, vt hic etiam ante diem recte soluat. L. 70. L. 98. §. 4. *ff. de solut.* L. 137. §. 2. *ff. de verb. obligat.* Neque
2 tamen inuito creditore interusurium deducere potest. Nec e contrario creditor sortem accipiens vsuras exigere vlteriores, propterea, quod debito soluto, eius accessoriae vsurae desinunt. Attamen vltro solutas impune accipit (*Obs. DCIII.*) Si autem vsuris promissis creditor ante tempus accipere vltro nolit, cogi non potest. Nam leges superiores agunt de mutuo gratuito non de foenore. Mutuum est vnilateralis, foenus bilateralis contractus ex stipulatione ortus, quae seruanda est.

OBSERVATIO CCCXCIV.

Si quis furem occiderit.
Furem deprehensum non licet verberibus afficere.

1 Leges XII. Tabularum nocturnum furem impune caedi permittunt, modo laesus id ipsum clamore testificetur, diurnum autem non aliter, quam si telo se defenderit. Idem Iudaeorum mos. *Exod. cap. 22. vers. 2.* et aliarum gentium, vt Frisionum, Burgundionum, Francorum

corum, Wisigothorum, Longobardorum, Baiuuariorum. *LL. Wisigoth. lib. 7. tit. 2. c. 16. LL. Longob. lib. 1. tit. 24. cap. 1. LL. Burgund. Additam. 1. tit. 16. de vineis §. 2. LL. Baiuuar. tit. 8. cap. 5. LL. Frision. cap. 19.* Sed et Caroli V. Constitutio Criminalis art. 150. quodammodo consentit. Nempe serum est aufugiente fure legis auxilium expectare. Quotiescunque autem per iudicem res tuas reposcere non licet, toties status naturalis repullulat, vt ipsi nobis satisfaciamus. *L. 1. C. quando liceat vnicuique sine iudice se vindicare (Obs. DXX. num. 4.)*
Attamen poena non omni caret, qui furem, prehendere cum posset, 2
occidere malit. L. *54. §. 2. ff. de furt.* Itaque fur etiam nocturnus furto nondum consumato v. c. dum scalam adscendit, si absque meo periculo potui ei parcere, occidi non debuit. Neque tamen, si fiat, maior huius homicidii poena, quam perpetua relegatio, immo quoniam inquisitio specialis vix dictari debet *Cod. Aug. Tom. 1. pag. 1899. et pag. 1903.* nescio an sex septimanarum carceres sufficiant? Si vero res iam 3
meas fur teneat atque aufugiat, vt recuperare difficile videatur, impune occiditur. GROTIVS *de iure Bell. et P. lib. 2. c. 1. §. 11. 12. 13.* PVFFENDORF *lib. 2. c. 5. §. 16.* CVIACIVS *lib. 14. Obs. 15.* Nec ob- 4
stat, quod edictum regium contra raptores et fures nouissimum *d. d. 14. Dec. 1753.* non in quoslibet fures sed tantum in turbam et fures confoederatos hoc permittere videatur, his verbis: Daferne bey beschehender Verfolgung oder sonst nöthiger Arretirung solcher Personen, wider welche, daß sie zu einer Rauberbande und Diebesrotte gehören, starker Verdacht vorhanden, selbige sich zur Wehre stelleten oder aller Warnung ungeachtet sich widersezeten, sol, wenn sie anders nicht zu erlangen, auf selbige Feuer gegeben werden, ohne daß derjenige, so auf sie gefeuert und sie verwundet, oder gar darnieder geschossen und geschlagen, woferne nicht große Excesse dabey concurriren, der Inquisition oder einiger Strafe sich zu besorgen hat. Haec enim paragraphus non agit de fure vero, eoque aufugiente, sed de hominibus in visitatione repertis de quibus, an fures sint? non satis certe constat, immo hoc potius ex lege colligo in furem fere omnia licere.

Ergo, vt quae dicta sunt, contraham: Impune licet occidere fu- 5
rem siue nocturnum siue diurnum, si iam cum rebus meis se proripiat atque difficillima videatur recuperatio, aut si telo minetur. Nempe difficilis persecutio impossibili comparatur. Contra vero si fur nocturnus nondum quid abstulerit, sed tantum scalam adscenderit, aut si furi

diurno parcere potuerim ſine meo ſiue vitae, ſiue membrorum, ſiue rerum periculo, vix perpetuae relegationis, quam CARPZ. *Pr. Crim. Quaeſt. 32.* ſuadet, ſed tantummodo ſex ſeptimanarum carceris poena.

6 Nos tamen menſe Februario 1767. cuſtodem ſyluae, qui, poſtquam ter clamaſſet: *Canaille* ſtehe! aufugienti furi lignario eique ignoto granula ſclopeto igniuomo plumbea pedibus iniecerat, vt miſere vulneratus inde cruciaretur in biennium relegauimus, quoniam non noctu ſed in luce hoc fecerat, nec fur quicquam abſtulerat, atque ſimul eum in Heilerlohn und Verſäumniß condemnauimus pretio doloris denegato. Viſa autem haec ſententia pluribus nimis dura, qui ſex ſeptimanarum carceres abſque inquiſitione dictandos, abunde exiſtimabant ſufficere.

7 Nolim autem quae dixi applicari ad eos, qui in nundinis ſaccularios ſibi quidquam ſurripientes, nec tamen ſe telo defendentes, plagis crudelibus feriendo occidunt, tunc enim corporis afflictiua obtinebit. Quare? quoniam hic in iam deprehenſo nulla fugae ſuſpicio, nullum vitae periculum, ſed facilis rerum ablatarum recuperatio et iudicis in promtu copia. LEYSER *Spec. 601. med. 19.*

OBSERVATIO CCCXCV.

Aduocatis ſportulas ex actis liquidas petentibus non opponendae exceptiones altioris indaginis.

1 Ita menſe Iulio 1767. praefecto Querfurtenſi reſpondimus: Dieweil nach Maasgebung der Erl. Proc. Ordn. *ad tit. 7. §. 4.* denen Sachwaltern, zu Bezahlung ihrer Gebühren, vermittelſt der Execution, ſchleunig verholfen werden ſol, mithin derer Beklagten zu beſonderer Ausführung gehörige Ausflüchte, die ſie auch um deswillen, weil die Sache geringfügig, alſo fort hätten beybringen müſſen, bey dieſen in den Rechten alſo verſtatteten executiviſchen Verfahren in keine Erwegung genommen, übrigens der Grund der Klage ſich zwar nicht aus einer Handſchrift, jedoch aus denen Acten ſatſam ergiebet, ſo ſind Beklagte 25 Thlr. 22. gr. als worauf die geforderte Summe hiermit gemäßiget wird, ſo viel ſie daran durch richtige Quittungen zu mindern nicht vermögen, bey Vermeidung der Hülfe, Klägern zu bezahlen ſchuldig; Es bleibet ihnen aber ihre gegen ihm habenden Anſprüche beſonders zu ſuchen, unbenommen.

OBSERVATIO CCCXCVI.

Desidiosus tutor statim conueniri potest, nec opus, vt antea debitor excutiatur.

De non exactis debitis tutor non tenetur, nisi singularis desidiae reus sit.

Integrum pupillo per venditionem, transactionem aut alium contra- 1
ctum laeso, vtrum debitorem suum, an tutorem conuenire velit, nec tutori licet dicere: excutias ante omnia debitorem, nec debitori: excutias tutorem, *L. 3. C. si tut. vel curat. interv.* WERNHER *P. 1. Obs. 264. num. 4. et in supplem.* MEVIUS *P. 7. Decis. 287.* Quod autem WERN- 2
HER *P. 4. Obs. 33.* ait, tutorem etiam de debitis teneri, quae iusto tempore non exegit, etiamsi debitores soluendo sint, non probo. Quomodo enim tutor teneatur, si nulla affuerit laesio? Itaque dictatum nostrum intelligere volumus de tutore desidioso, qui contrahens cum tertio, culpa vel dolo pupillum laesit. Neque enim par est, vt tutores nimium vrgeamus et quod praetor auersatur, modica curemus. Adde Obseruationem CCCCLXII.

OBSERVATIO CCCXCVII.

Absolutus in processu Executiuo propter diffessionem iuratam nihilominus Ordinarie conuenitur. Neque tamen creditor tunc in probatione mutui documento eiurato vti potest.

Qui ob contumaciam in processu executiuo condemnatus est, tamen exceptiones per modum non quidem reconuentionis attamen separatim instituendae actionis deducere potest.

Idem etiam in processu Ordinario obtinet.

Negat id quidem BERGER *in Supplem. ad Elect. Disc. For. Parte 2.* 1
tit. 25. §. 7. pag. 549. atque septem argumentis demonstrare nititur,

titur, in proceſſu executiuo ſemel abſolutum ſemper abſolutum eſſe, nec petitori, qui repulſam tulit, regreſſum patere ad proceſſum ordinarium. Nam modum, quo rem petam, non variare cauſam, ſi quidem vt rei iudicatae locus detur, non amplius, niſi vt eaedem ſint perſonae, vt res ſit eadem, denique vt eadem ſit agendi cauſa, requiri; *L. 1. L. 12. L. 14. L. 27. ff. de exc. rei iudic.* Deinde iura variantibus non fauere, nec remedio vno electo aliud licere, *L. 21. §. vlt. ff. quod met. cauſ. Cap. 21. de regul. iur. in 6to.* vt caeteras eius concluſiones taceam admodum, quos non diffiteor eſſe ſpecioſas.

2 At nihilo minus contrarium ſtatuo *arg. L. 7. §. 1. ff. de compenſ.*

3 Quid quod? ſi etiam reus ob iuratam diffeſſionem abſolutus fuerit, dico regreſſum patere ad ordinarium proceſſum. Nam hoc iureiurando reus non aliud euicit, niſi chirographum hoc falſum eſſe. Itaque ſi extra hoc chirographum petitor alia documenta aut teſtes habeat, in proceſſu ordinario audiendus erit. MEV. *P. 3. Deciſ. 172. et P. 3. Deciſ. 278.* Nam vt reo recognoſcenti via ordinaria reconuentionis non praecluditur, ita eo diffitente actor eodem modo viam ordinariam eliget, vt ſic petitor et is, a quo petitur, ad paria iudicentur, neque actori non permiſſum ſit, quod reo licet. Scilicet quemadmodum effectus recognitionis ex parte rei non talis eſt, vt in perpetuum ſuccumbat, ita effectus diffeſſionis non poteſt talis eſſe, vt nunquam petitor
4 vincere poſſit. Vt autem exceptio rei iudicatae locum habeat, non ſolum requiritur, vt perſonae ſint eaedem et res eadem, verum etiam vt idem plane ſit fundamentum actionis ſiue vt clarius dicam eadem obligationis cauſa; *L. 11. §. 2. L. 14. L. 25. L. 27. L. fin. ff. de exc. rei iud.* At vero in proceſſu executiuo fundamentum actionis eſt contractus chirographarius; proceſſus autem ordinarius, qui deinde inſtituitur, innititur condictioni certi ex mutuo. Non ergo eadem, ſed diverſae, obueniunt actiones, diuerſae cauſae petendi. In Saxonia autem Electorali mouet ſcrupulum *§. 9. Appendicis:* quem diſſoluit ſequens Collegii reſponſum: Hat Chriſtoph Strauß ein Darlehn an 150 fl. von Michael Seyferten erborget, und darüber eine Schuldverſchreibung ausgeſtellet, Seyfert auch nachher wider ihn aus ſothaner Urkunde Klage erhoben, wovon jedoch lezterer durch eingeholtes rechtliches Erkenntnis, nachdem er ſolche Verſchreibung eidlich abgelehnet, freygeſprochen worden: daher

Ob

Ob ermeldeter Seyfert annoch in den ordentlichen Proceße wider gedachten Straußen, auch ohne demselben die im Executiv Proceße erwachsene Kosten zu erstatten, auf Bezahlung der erborgten 150 fl. zu klagen berechtiget sey?

Unser den Gesezen gemäser Unterricht begehret wird.

Ob nun wohl die Rechte nicht verstatten, daß jemand aus einerley Grund durch verschiedene Klagen in Anspruch genommen werde,

l. 1. 12. 14. 27. D. de except. rei iud.

vielmehr derjenige, welcher einmal von der Klage entbunden worden, in der Regel gegen alle weitere dieserhalb zu machende Anforderung durch die Einrede eines erlangten rechtskräftigen Urtels sich zu schüzen vermögend: einige Rechtslehrer aber solches auch auf den Fall, wenn der Beklagte von dem Executiv Proceße, durch eidliche Aberkennung der Urkunde sich befreyet, nicht ohne wahrscheinliche Gründe anwenden, und, daß alsdenn Kläger den ordentlichen Proceß nicht anstellen könne, erweißlich zu machen sich bemühen:

RIVIN. Tit. XXV. Enunc. 27.

BERGER Suppl. Elect. Disc. For. P. II. Tit. XXV. ad n. VII. p. 549.

dieses auch um so mehr für richtig angenommen werden dürfte, jemehr bey der im Executiv Proceße angestelten Klage, wie von Klägern nach den beygefügten Privat-Acten ebenfalls geschehen, die Erborgung eines Darlehns als die Ursache der ausgestellten Verschreibung angeführet zu werden pfleget, mithin sothane Klage nicht blos auf den chirographarischen Contract, sondern auf das mutuum selbst, sich zu gründen, und Kläger, wenn er nachher den ordentlichen Proceß anstellet, nicht sowohl aus einem verschiedenen fundamento agendi zuklagen, als vielmehr nur in den Beweiß Mitteln eine Veränderung zu unternehmen scheinet, welches jedoch demselben, nachdem er einmahl einen andern Weg erwehlet, auch der über die Schuldforderung anhängig gewesene Proceß bereits rechtskräftig entschieden, ordentlicher Weise nicht ferner frey stehet, vielmehr Klägern in solchem Falle, wie er es sich selbst beyzumessen habe, daß er nicht gleich Anfangs des Beweises durch Zeugen sich bedienet, sondern diesen lediglich auf die angegebene Urkunde gesezet, und, ob Beklagter solche von sich gestellet, deßen Gewißen überlaßen, entgegen gesezet werden dürfte: dieses auch dem ersten Ansehen nach, um deswillen keinem Zweifel unterworfen, weil in dem Anhange der Erl. Proceß Ordnung §pho 9.

daß

daß daferne Kläger Beklagten zur eidlichen Diffeßion nicht laßen, sondern lieber ordinarie klagen wolte, ihm solches nur so lange nicht deshalber res iudicata vorhanden, nach Erstattung der von Beklagten wirklich aufgewandten Unkosten, zu thun unbenommen seyn solle,

ausdrüklich versehen: wannenhero, als obgedachtem Seyferten einiges ferneres Befugnis zu klagen nicht zustehe, daferne aber solches Statt finde, daß derselbe auch zu Erstattung der im Executiv Proceße erwachsenen Kosten, da diese in dem gesprochenen Urtel bereits gegen einander aufgehoben, nicht aufgehalten sey, vermeinet werden möchte;

Dennoch aber und dieweil mehrere Klagen über einen Gegenstand nur alsdenn, wenn sie aus einerley Grunde herfliesen, nicht zuläßig, dahingegen selbige aus verschiedenen fundamentis agendi gar wohl angestellet werden mögen, und aus dem in der einem erfolgten Rechtsspruche in der andern exceptio rei iudicatae keinesweges entgegen zu sezen:

l. 14. 17. D. de except. rei iud.

die im Executiv Proceße angestelte Klage aber sich nicht auf das mutuum selbst, sondern nur auf den von Beklagtem durch Ausstellung der Verschreibung eingegangenen chirographarischen Vertrag, gründet, und hierwider der Umstand, daß Kläger in sothaner Klage die beschehene Erborgung selbst mit angeführet, nicht in Betrachtung kommen kann, weil von dem Vorbringen in der Klage jederzeit nur auf dasjenige, was ein verdammendes Urtheil gegen Beklagten bewirken mag, Rücksicht zu nehmen, das übrige aber, weil es als überflüßig anzusehen, einem Kläger weder zum Vortheil, noch zum Nachtheil, gereichet; die Entscheidung auch beym Executiv Proceße nicht davon, ob der Beklagte wirklich ein Darlehn erhalten, sondern lediglich, ob er in einer Urkunde, ein gewißes Quantum überkommen zu haben, bekannt, abhanget, immaßen nach dem 11ten §pho des Anhanges der Erl. Proc. Ordn. demselben nicht einmahl exceptio non numeratae pecuniae weiter zu Statten kommt, der vonleinigen darwider gebrauchte Einwand hingegen, als ob der Executiv Proceß außer dem Chirographo sich zugleich auf contractum mutui, als causam debendi, gründe,

BERGER cit. l.

nunmehr, da nach dem 5ten §pho des Anhanges der Erl. Proc. Ordnung die Anzeige der leztern in Documentis quarentigiatis nicht weiter erforderlich,

lich, mithin bey Abfaßung des Endurtheils nicht in Erwägung zu ziehen ist, von selbst hinweg fällt, vielmehr hieraus, daß heut zu Tage im Executiv-Proceße der chirographarische Contract allein zum Grunde liege, sich ergiebet, solchemnach Beklagter Strauß, da selbiger durch eydliche Ablehnung der ihm vorgelegten Urkunde nach der gewöhnlichen Eydes Notel nur so viel, daß er solche nicht ausgestellet, keinesweges aber, daß er das Darlehn selbst nicht erborget habe, erhalten, durch die im Executiv Proceße erlangte befreyende Sentenz gegen die auf den Contract des mutui gegründete ordentliche Klage sich zu schüzen nicht vermag, da bekanntermaßen res iudicata im engsten Verstande anzunehmen, über die Grenzen der Klage aber worauf sie erfolget, dieselbe keinesweges zu erweitern: überdem Beklagter beym angestellten Executiv Proceße seiner Einreden, so weit sie daselbst nicht erörtert werden können, nicht verlustig, sondern ihm deren Ausführung in der absonderlich anzustellenden, oder Wiederklage vorbehalten wird, daher Klägern in Ansehung seiner auf einem verschiedenen Grunde beruhende Ansprüche ein gleiches Befugnis ohne offenbare Unbilligkeit, welcher die Rechte entgegen, nicht zu versagen: diesem auch die in den Zweifels Gründen angezogene Verordnung des Anhanges der Erl. Proc. Ordn. §. 9. keinesweges entgegen zu sezen, anerwogen selbige nach der Analogie der Rechte nicht von dem Falle, wenn Kläger aus einem verschiedenen fundamento agendi, Beklagten in Anspruch zu nehmen befugt, zu verstehen, weil solches die Geseze obangezogener maßen in jeder Art des Proceßes verstatten, mithin erwehnter 9ter §phus so zu erklären, daß dadurch die Fürsehung gemeiner Rechte so wenig, als es der Wortverstand leidet, abgeändert werde, aus lezterem aber dergleichen Abänderung nicht nothwendig zu folgern stehet, vielmehr oft gedachter §. 9. des Anhanges der Erl. Proces Ordnung, in Vergleichung mit dem 5ten §pho ad Tit. XXV. lediglich den Fall voraus sezet, wenn Kläger, daß Beklagter die im Streit befangene Urkunde wirklich ausgestellet habe, im ordentlichen Proceße darzuthun gemeinet, als welches, der Natur der Sache nach, erstern nur so lange, bis lezterer zur eydlichen Ablehnung durch ein rechtskräftiges Urthel ein Befugniß erlanget, frey stehet, da denn solchen Fals zwar der Beweis durch sothane Urkunde hinweg fällt, dem Kläger aber solchen durch andere Mittel, als, nach der eingerichteten Geschichts Erzehlung, durch Zeugen, welche bey der Auszahlung sich gegenwärtig befunden, oder, gegen welche Beklagter sich zur Schuld bekannt, zu führen unbenommen bleibet: welche Meinung auch durch den Gerichtsbrauch bestätiget wird, immaßen, zum Beyspiel, vor

dem Handelsgerichte zu Leipzig auch nach erfolgter endlicher Diffeßion eines Wechsels, wenn Kläger die Richtigkeit der Forderung im ordentlichen Proceße beygebracht, der Schuldner nichts destoweniger in die Zahlung verurtheilet wird:

endlich die Erstattung derer Unkosten nach Maasgabe der Erl. Proc. Ordn. ad Tit. V. §. 9. in dem Falle, wenn Klr. im modi agendi die Klage verändert zu bewirken ist, daher selbige gegenwärtig, da die Klage aus einem andern Grunde angestellet wird, ebenfalls ihre Anwendung findet;

So ist Michael Seyfert wider Christoph Straußen, der ihm vorgeschoßenen 150 fl. halber eine anderweite Klage im ordentlichen Proceße zu erheben wohl befugt, jedoch letzteren die im Executiv Proceße erwachsene Kosten auf Verlangen zu erstatten verbunden.

5 Tandem si in sententia processus executiui clausula: Jedoch bleibet ihm seine auf weiterer Ausführung beruhende Ausflüchte durch angestelte Wiederklage, oder auch besonders an und auszuführen unbenommen, omissa fuerit, nihilominus reus eas in saluo habet, adeo quidem, vt etiamsi ob contumaciam, quae omnes exceptiones tollit, condemnatus fuerit, tamen exceptiones suas, non quidem per modum Reconuentionis, attamen in separato processu, coram magistratu aduersae partis ordinario nihilo minus deducere possit.

Eadem in processu Ordinario valent, vt scilicet exceptiones quondam omissas aut reiectas per modum actionis separatim deducere liceat O. P. R. ad tit. 39. §. 6. CARPZ. *P. 1. Const. 8. Defin. 5.* ZANGER *de Except. P. 3. cap. 17. num. 69.* Adde Obs. DCCXXIV. in qua demonstrauimus exceptionem rei iudicatae ei opponendam, qui antea actor erat, non ei qui antea reus.

OBSERVATIO CCCXCVIII.

Interdum fertur sententia locationis extra concursum.

6 Saepe iudices, cum sperant massam demortui alicuius, potissimum si heredem non habeat, creditoribus sufficere, aut e contrario facultates adeo tenues esse, vt operae pretium non sit, curatorem constituere,

ſtituere, edictalibus omiſſis, creditores, qui adſunt, patiuntur ſuper prioritate inter ſe litigare, qui in ſententia deinde legali ordine locantur, inprimis ſi non adſint, qui vt concurſus proceſſus aperiatur, vrgeant. At, dixerit aliquis, hanc ſententiam, ſi deinde potiores credi- 2
tores ſuperuenerint, ipſo iure nullam eſſe, vtpote quibus ſine edictali citatione ſua iura ſubtrahi non potuerint. Reſpondeo, ſe fere rem eo- 3
dem modo habere, quo heres inuentarii cum beneficio hereditatem cernens venientibus primis creditoribus ſoluit et, dummodo fraus omnis abſit, tardius venientes repellit: L. *22. §. 4. C. de iure delib.* Iam ſupra Obſerv. CCXCV. diſtinctionem inter einen Credit-Weſen et Concurſum attulimus. Adde inferiorem Obſeruationem DCXVII. et DCXXXI.

OBSERVATIO CCCXCIX.

Contra locatorem et venditorem dirigitur interpretatio. Sed etiam contra mandantem, commodatarium et deponentem.

Clarius loqui debuit is, qui ſingulare quid et irregulare deſiderat.

Cum ſaepius ambigatur, quisnam ille ſit, qui clarius loqui debuiſ- 1
ſet? hoc in venditione leges diſſertae declarant. L. *21.* et L. *33. ff. de contrah. emt.* L. *172. ff. de reg. iur.* Item in locatione; ſi quidem L. 2
39. ff. de pact. PAPINIANVS ait. *Veteribus placet, pactionem obſcuram vel ambiguam venditori et qui locauit, nocere, in quorum fuit poteſtate legem apertius conſcribere.* Cuius legis rationem in libro: von Kriegsſchäden p. 13. hanc reddit illuſtris WINKLER: weil natürlicher Weiſe zuförderſt der Eigenthumsherr das Seinige zum Verkaufe oder zum Verpachten beſtimmen und ausſezen (addo: alſo mit Vorlegung des Anſchlages und Beſchreibung des Grundſtückes den Anfang machen) muß, ehe der Abekäufer oder Pachter ſich mit ihm über den Kauf oder Pacht einlaſſen kan, ſo iſt nichts billiger, als daß jener auch die Bedingungen, unter welchen er die Sache zu verkaufen oder zu verpachten gedenke, deutlich und ohne Zweydeu-

tigkeit erôſne. Nam quod interrogans in ſtipulatione, hoc in his con-
tractibus locator et venditor, cum ob ſimilitudinem rerum conducto-
3 res et emtores promittentibus comparari poſſint. At contra ſtipula-
torem inſtituendam interpretationem eſſe, inter omnes conſtat. L. *99.*
ff. de verb. oblig. Ob hanc legis rationem non dubito etiam contra do-
minum emphyteuſeos, mandantem, commodatarium et deponentem
adeoque generaliter aduerſus omnes, qui ſtipulatoris vice functi et
4 prius allocuti ſunt, pronunciare. In caeteris contractibus autem, ſi
dubium ſit, quisnam ille ſit, qui clarius loqui debuiſſet: reſpondeo
eum loqui clarius debuiſſe, qui ſingulare quid et abnorme praetendit.
5 LEYSER *Spec. 41. Meditat. 4.* Exceptio tamen, ſi conductor ſibi
quasdam conditiones ipſe adiecerit, tunc enim contrarium obtinet,
quia obſcuritas legum contractui adiectarum nocet ei, qui legem dixit.
L. *39.* iunct. L. *33. et 34. ff. de contrah. emt.* Vide etiam ſupra Obſ.
CCXVIII. Tandem etiam contra eum facienda in dubio contractu,
qui in eo nititur, ex eo vtile quaerit, adeoque illum pro ſe adducit, nec
non contra eas obligationem quae quaſi tacitam renunciationem *in ſe*
continent pro renunciante aduerſus eum qui contractui innititur.

OBSERVATIO CCCC.

Sponſalium diſſoluendorum iuſtae et ſpuriae cauſae.

Repudii iuſtae cauſae cum a iudicis arbitrio potiſſimum pendeant, vt ſaltim aliquam in ea re habeamus cynoſuram, exempla enumerabo vitiorum, quae repudio locum dederunt, et ſic materiam iam ſupra Obſ. LXXI. coeptam continuabo, deinde ſubiungam exempla cauſarum, quae quodammodo probabiles quidem nec tamen legitimae viſae ſunt. Diſſoluuntur ergo ſponſalia publica:

I. Si ſponſus decoctis bonis conturbet. Nec enim dolo caret, qui ſuarum fortunarum ſtatum futurae ſociae non detegit. Item ſi quis ſua culpa pauper factus ſit per aleam. Contra vero ſi ſola fatorum inclementia per incendium, incurſionem hoſtium, aut alios caſus iacturam bonorum ſenſerit, nullus repudio locus, ſi modo tantum ſuperſit, vt vxorem honeſte alere poſſit. Sponſae paupertas incidens vix liberat

berat sponsum, nisi certam dotem, quam praestare iam non possit, ei promiserit, nam scire debebat mariti officium esse, vxorem alere et affectu, non dotibus, contrahi matrimonia. Nolim ergo adflictae adflictionem addere.

II. Per biennium sponsus, si praesens fuerit, sponsam non ducens eam ob moram suam ab obligatione liberat. Contra absentem vero, qui lateat, non obseruato amplius iuris Romani triennio, statim processus desertionis institui potest *cap. 5. X. de sponsal.* BÖHMER *Ius Eccles. Protest. T. 3. pag. 235.*

III. Ob quaelibet vitia latentia, siue corporis siue animi, quae, quoniam omnis fraus abesse debet, sibi aperire tenentur matrimonium inituri. Nam si in emtione et venditione *in* L. *1. §. 1. ff. de aedit. edict.* aediles edixerunt: *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiique cuique sit, quis fugitiuus erroue sit, noxaue solutus non sit, eaque omnia palam recte pronuncianto,* id multo magis in futuro matrimonio necessarium, vt nulla ratione dubitem, totum hoc aedilitium edictum nostrae aptare materiae. Itaque soluentur sponsalia, si *foetor oris* molestet, quem alter non sensit prius, quam osculum daret. L. *12. §. 4. ff. de aedil. edict.* Vnde maiores nostros non puduit, etiam experimentum corporis et tentamen morum rigorosius praemittere. Hoc moribus difforme, sed naturae consentaneum. Est tamen apud quosdam populos barbaros, quid quod in ipsa Germania mos non infrequens, de quo Halensis iureconsultus FISCHER in Probenächten der teutschen Bauer Mädchen, haec commentatur: Beynahe in ganz Teutschland und vorzüglich in der Gegend Schwabens, die man den Schwarzwald nennet, ist unter den Bauern der Gebrauch, daß die Mädchen ihren Freyern lange vor der Hochheit schon diejenige Freyheit über sich einräumen, die sonst nur das Vorrecht der Ehemänner sind. Doch würde man sehr irren, wenn man sich von dieser Sitte die Vorstellung machte, als wenn solche Mädchen alle weibliche Sitsamkeit verwahrloßt hätten, und ihre Gunstbezeugungen ohne alle Zurükhaltung an die Liebhaber verschwendeten. Nichts weniger! Die ländliche Schöne weis mit ihren Reizen auf eine eben so kluge Art zu wirthschaften, und den sparsamen Genuß mit eben so vieler Sprödigkeit zu würzen, als immer das Fräulein am Puztische.

So bald sich ein Bauermädchen seiner Mannbarkeit zu nähern anfängt, so bald findet es sich, nachdem es mehr oder weniger Vollkommenheiten besizt, die hier ungefähr im ähnlichen Verhältnisse, wie bey Frauenzimmern von Stande, geschäzt werden, von einer Anzahl Liebhaber umgeben, die so lange mit gleicher Geschäftigkeit um seine Neigung buhlen, als sie nicht merken, daß einer unter ihnen der Glüklichere ist. Da verschwinden alle Uebrigen plözlich, und der Liebling hat die Erlaubniß, seine Schöne des Nachts zu besuchen. Er würde aber den romantischen Wohlstand schlecht beobachten, wenn er den Weg gerade zu durch die Hausthüre machen wolte. Die Dorfsetiquette verlangt nothwendig, daß er seine nächtliche Besuche durch das Dachfenster bewerkstellige. Wie unsere ritterbürtige Ahnen erst dann ihre Romane glüklich gespielt zu haben glaubten, wenn sie bey ihren verliebten Zusammenkünften unersteigliche Felsen hinan zu klettern und ungeheure Mauern herab zu springen gehabt, oder sich sonst den Weg mit tausend Wunden hatten erkaufen müssen, eben so ist der Bauerkerl nur dann mit dem Fortgange seines Liebesverständnißes zufrieden, wenn er bey jedem seiner nächtlichen Besuche alle Wahrscheinlichkeit für sich hat, den Hals zu brechen, oder wenn seine Göttin, während dem er zwischen Himmel und Erde in größter Lebensgefahr dahängt, ihm aus ihrem Dachfenster herunter die bittersten Nekereyen zuruft. Noch in seinen grauen Haren erzehlt er mit aller Begeisterung diese Abenteuer seinen erstaunten Enkeln, die kaum ihre Mannheit erwarten können, um auf eine eben so heldenmütige Art zu lieben.

Diese mühsame Unternehmung verschaft anfangs dem Liebhaber keine andere Vortheile, als daß er etliche Stunden mit seinem Mädchen plaudern darf, das sich um diese Zeit ganz angekleidet im Bette befindet, und gegen alle Verrätereien des Amors wohl verwahrt hält. So bald sie eingeschlafen ist, so muß er sich plözlich entfernen, und erst nach und nach werden ihre Unterhaltungen lebhafter. Ja in der Folge giebt die Dirne ihrem Buhler unter allerley ländlichen Scherzen und Nekereyen Gelegenheit, sich von ihren verborgenen Schönheiten eine anschauliche Erkentniß zu erwerben, läßt sich überhaupt von ihm in einer leichtern Kleidung überraschen, und gestattet ihm zulezt alles, womit ein Frauenzimmer die Sinnlichkeit einer Mannsperson befriedigen kan. Doch auch hier wird immer noch ein gewißes Stufenmaß beobachtet, wovon mir aber das Detail anzugeben, die Zärtlichkeit des heutigen Wohlstandes verbeut. Man kann indeß vieles aus der Benennung

Probenächte errathen, welche die leztern Zusammenkünfte haben, da die Erstere eigentlich Kommnächte heißen.

Die Probenächte werden alle Tage gehalten, die Kommnächte nur an den Sonn- und Feyertagen und ihren Vorabenden. Die erstere dauren so lange, bis sich beyde Theile von ihrer Tauglichkeit zur Ehe genugsam überzeugt haben, oder bis das Mädchen schwanger wird. Hernach thut der Bauer erst die förmliche Anwerbung um sie, und das Verlöbniß und die Hochzeit folgen schnell darauf. Unter den Bauren, deren Sitten noch in großer Einfalt sind, geschieht es nicht leicht, daß einer der sein Mädchen auf diese Art geschwängert hat, sie wieder verließe. Er würde sich ohnfehlbar den Haß und die Verachtung des ganzen Dorfs zuziehen. Aber das begegnet sehr häufig, daß beyde einander nach der Ersten oder Zweyten Probnacht wieder aufgeben. Das Mädchen hat dabey keine Gefahr, in einen üblen Ruf zu kommen; denn es zeigt sich bald ein anderer, der gern den Roman mit ihr von vorne anhebt. Nur dann ist ihr Name zweideutigen Anmerkungen ausgesezt, wenn sie mehrmals die Probzeit vergebens gehalten hat. Das Dorfpublikum hält sich auf diesen Fall schlechterdings für berechtiget, verborgene Unvolkommenheiten bey ihr zu argwöhnen. Die Landleute finden ihre Gewohnheit so unschuldig, daß es nicht selten geschieht, wenn der Geistliche im Orte einen Bauren nach dem Wohlseyn seiner Tochter frägt, dieser ihm zum Beweise, daß sie gut heranwüchsen, mit aller Offenherzigkeit und mit einem väterlichen Wohlgefallen erzehlt, wie sie schon anfingen, ihre Kommnächte zu halten. **Keyßler** giebt in seinen Reisen uns eine sehr drollichte Erzehlung von einem Proceße, den die Bregenzer Bauren ehmals zur Vertheidigung einer solchen Gewohnheit geführt haben, die sie fügen nennen. Die Kasuisten, die sich eben nicht immer von den erlaubten und unerlaubten Begattungsarten die richtigsten Begriffe machen, und manchmal dasjenige für Sünde halten, was keine ist, und dasjenige nicht dafür halten, was doch eine ist, ereiferten sich von jeher sehr über diesen ländlichen Gebrauch. Er muste ihnen daher sehr oft zum Stoffe dienen, ihre Beredsamkeit auf eine sehr vortheilhafte und pathetische Weise zu zeigen. Die katholischen Landpriester, die mit dem Charakter ihrer Seelenbefohlnen zu weilen etwas näher, als die Protestanten mit den Ihrigen bekannt sind, und mithin die Untadelhaftigkeit dieser Sitte besser einsehen, äußern darüber mehr Duldsamkeit als die leztere, die nie unterlassen, ihre Bauren deswegen mit den heftigsten Straf-

pre-

predigten zu verfolgen, und weil doch leider heutzutage, wo die Welt so ganz im Argen liegt, diese Züchtigungen nicht allezeit von Wirkung sind, so verabsäumen sie keine Gelegenheit, zu Vertilgung dieses heidnischen Greuels den weit kräftigern weltlichen Arm zu Hülfe zu rufen. Wenn es der Wohlstand nicht untersagte, gewisse Forschungen allzuweit zu verfolgen, und ihr endliches Resultat enthüllt darzustellen, so könnte ich jeden leicht überführen, daß diese Sitte nicht nur in der Physiologie des Menschen gegründet, sondern auch eine für die Bevölkerung sehr heilsame Anstalt sey.

Es hat schon lange Grupen de vxore theotisca beobachtet, daß sich in ältern Zeiten alle teutschen Bräute vor der Hochzeit Nacht hätten beschlafen lassen. Der Professor Köhler liefert uns eine juristische Urkunde, nach welcher Graf Johann IV. von Habsburg, da er schon ein halbes Jahr lang die nächtliche Probezeit mit Herzlande von Rappoltstein gehalten hatte, zulezt von ihr den Korb bekam, weil sie ihn der Untauglichkeit beschuldigte. Die Urkunde lautet also:

Es ist zu wißende, do mein Bruder Ulrich selige von Rappoltstein sein Dochter Herzlande meine Mume gelobte Graue Rudolfs Son von Habespurg, do lag derselb sein Sun Hanß bey meiner Mumen vorgenant under allen Molen wol vf ein halb Jor, vnd daß er dozwischen mit Jr nie geborte in der Moßen, als ob er ein Mann were — — —

Item darnach wart, do wart min Bruder selige siech vndt do er sterben wolt — de befalch er am Dotbette, — daß siene Dochter an Graue Rudolffs Sunes Bette nimmermer gelegen solte, sie empfindent den vorhin, daß er ein Mann were — — do antwurtete min Bruder vndt ich imme (dem Grafen Rudolf von Habspurg) were es Goz wille vndt daß es sin sollte vndt er verfänglich were zu einem Manne, daß wir sie (die Herzland) deme nieman baßguntent, deme imme, aber min Bruder selge hätte uns verbotten an sinne Todè, daß wir sie nimmer solten laßen kommen an sin Bette, wür wüsten denne vorhin von andern Frauen, daß er ein Mann were, vndt daß er Frowen haben möchte, vndt antwurteten imme noch me, wür woltend imme fürstöllen zweinzig oder drißig Frouwen, wenne eine etwenne einer mag vndt der andere müt, well er da under denn haben möchte, wür

wol-

wolten imme denne Wix vndt Gut antwurtten vndt geben, das versprach er och. — Do antwurtet er vns vndt sprach, sin Sun der möchte woll, da sprach ich vndt schwur, — wůr wolten immene hundert Frowen fůrstellen, solten wůr sie joch Rölle holen, vndt werle er under den allen möchte, so wolten wůr imme Wix und Gut geben. — — Item och ist zu wißende, daß Groff Rudolfes Sun von Habespurg in diesen Zieten gefůrrt wert gen Straspurg, zu dem besten Artzette, der do was, vndt hatt ime da gerne ein Ding gemacht, vndt lag och by demselben Arzette lange zyt zu Straßpurg, by Meister Heinrich von Sachsen, der der beste Meister ist den man finden kann, vndt hiengent ime an, in eine Bad, an sin Ding ettwie viel Bliges, wohl fůnfzig Pfundt schwer, vndt pflasterten ine, abs menlich seitt, vndt verfieng alles nůt, daß sů imme gemachen konnten, daß er verfenglich were zu Frowen. Tu vero! humanissime Lector ex his intelliges, quam mirae sint leges, quae anticipatum concubitum carcere puniunt. Iusti sunt et legitimi liberi post sponsalia concepti et punitur tamen, quod legitimos producit effectus. O! si cum Friderico magno aliquando saperemus.

IV. Si noctu in lectum mingat, L. *14. §. 4. ff. de aedil. edict.* siue id vesicae vitio, siue somni violentia, siue pigritia surgendi ei contingat.

V. Ob comitialem morbum L. *53. ff. de aedil. edict.*

VI. Quod ignoratos pessimos mores attinet, ante omnia Labeonis et Vlpiani praemittenda cautio, in L. *1. §. 8. 9.* L. *4. §. 6. de aedil. edict.* nempe non vtique quodlibet quam leuissimum efficere, vt male moratus homo vel foemina videatur, alioquin futurum, vt infinitum multos idoneos esse, negaremus: vt puta leues, superstitiosos, iracundos, auaros; Si autem leuitas summa insit, aut tanta auaritia, vt sponsa probare possit, suum sponsum vxorem, quam prius habuit, propemodum fame enecasse aut aegrotae medicum adhibere neglexisse, repudio locus erit. Si quis fidem matrimonii dederit vinosae, iracundae nimium, et rixosae, quam lenem morigeramque putasset, obiici quidem poterat, eum debuisse gnarum esse conditionis eius, cum qua contraxisset, adeoque intempestiuam videri seramque nimis post sponsionem morum indagationem; sed STRYKIVS in *disp. de dissensu*

vnius desponsatorum §. *26.* recte respondet: Mentiri saepius probitatem puellas, si matrimonii spes affulgeat, cognatos vero aliosquo de ea re consultos talia excusare atque inuidiae et vulgi mendaciis adscribere, vnde concludit, si meliora sponsus credidisset, deinde vero contrarium experiatur, obtinere illud, quod Pontifex Romanus in *cap. 17. X. de sponsalib.* suadet, vt, quoties matrimonium infelix praeuideri possit, nemo ad hoc compellatur. Quid, etiamsi vnus desponsatorum sciuerit, alterum non omnino amabilem sed leuiter vitiosum esse, tamen si comperiatur ita esse vitiosum, vt nulla cum eo esse possit vitae tranquilla societas, dissoluenda erunt sponsalia v. c. si probetur, nimis iracundum, crudelem aut valde rixosum, gulosum, aleatorem esse, atque id ante sponsa ignorauerit. LEYSER *Specim. 295. med. 6.* Sufficit enim haec occulta vitia, vt aediles volebant, alterem desponsatum non detexisse. Fateor tamen non tam ius, quam harum rerum probationem, plerumque deficere. Nam quid est praeter modum auarum aut valde rixosum esse? Non hic alia, nisi iudicis arbitrium, regula. Idem si qui bonae frugis erat antea, mores mutet et ex sobrio vinosus, prodigusque euadat. FLEISCHER **Einl. zum Geistl. R.** *pag. 347.* BÖHMER *Ius Eccles. Protest. T. 3. pag. 1234.* Nec enim video, cur non ob iracundiam et crudelitatem nuperius exploratam sponsalia solui possint, cum ob fatuitatem et melancholiam ignoratam hoc fiat. Quis vero, si inter duo, minimum sit eligendum, phrenesin vxoris modicam nolit, quam quotidiana iurgia tolerare?

VII. Porro soluuntur sponsalia, si sponsa fluore albo laboret aut

VIII. phtisi, quoniam talis coniunctio vix extra periculum contagii est, et plerumque haec vitia parentum in liberos deriuantur. CARPZ. *Iurispr. Consistor. lib. 2. Defin. 180.* STRYK *Disp. de dissens. vnius desponsat. §. 30.*

IX. Dissoluuntur sponsalia, si sponsa probet, ad praegustandum matrimonium siue anticipandum concubitum sponsum ipsam allicere, adeoque in crimen et poenam inducere cupiisse. Ita pronunciauit nostrum collegium mense Septembri 1766 licet non ignoraremus WERNHERVM *P. 1. Obs. 25.* dissentire, solus tamen tactus impudicus, etiam in nudis corporis quibuscunque partibus pro violata pudicitia inter despon-

ſponſatos haberi nequit, modo ſe ipſum ſponſus non nudauerit, aut illam vi in lectum proſtrauerit.

X. Ob defectum conſenſus parentum domini vel centurionis. Equidem ENGAVIVS *in Elem. Iur. Canon. et* PVFFENDORFIVS *Tom. 3. Obſ. 43.* ſolos contemtos de nullitate experiri poſſe parentes, non autem ipſos deſponſatos, qui conſenſum neglexerunt, ſi quidem nemo facto proprio contrauenire poſſit, atque deficiens parentum ſiue centurionis conſenſus a ſponſatis praetextus exceptio videatur de iure tertii, exiſtimant; quae quidem argumenta licet me plane in aſſenſum trahant, tamen, quoniam hoc loco non meas, ſed collegii receptas ſententias trado, diffiteri non poſſum, cum Reſcripto Regio die 18. Martii 1719. militum gregariorum et officialium inferiorum (bis auf den Sergeanten incluſive) eo vſque *nulla* ſint ſine ſuperioris et liberorum absque parentum conſenſu ſponſalia, vt etiam copula carnalis robur non addat, ſponſam quoque hac exceptione recte vti imo et ſponſum, pronunciauimus, praeeunte WERNHERO *Princip. Iur. Eccleſ. pag. 266.* et in *Obſeruat. Tom. 3. pag. 109. Obſ. 149.* Caeterum militum nomine etiam chirurgos militares venire, imo ſi tempore contractus conſenſus praefecti militaris defecerit, etſi poſtea accedat, tamen non tolli nullitatem ſponſalium idem WERNHER loco citato annotat. Diſſentit LEYSER *ſpec. 291. med. 4.* et ego ipſe. Scripſi enim haec ex collegii ſententia. Vnicam quod conſenſum parentum attinet exceptionem facit in Saxonia Mandatum Zabeltizienſe d. d. 16. Nou. 1648. et Deciſ. 31. d. a. 1746. de quo ſingularia habet CVRTIVS ANTONIVS *in Epitome Iuris Canon. lib. 3. cap. 7. §. 43.*

XI. Si ſponſus concubuerit quondam cum alia, immo ſufficit, ſi probetur eum in vno lecto fere nudum cum foemina deprehenſum fuiſſe. MENKE *Pand. lib. 23. tit. 1. §. 29.* Contra in matrimonio ipſo diſſoluendo haec cauſa tantum in vxore non marito valet. *Vide ſupra Obſ.* LXXII.

XII. Si vnus deſponſatorum compererit, alterum in melancholiam aut furorem nonnunquam verti, neque id vitium ante ſciuerit.

XIII. Detecta poſt ſponſalia affinitate vel cognatione tali, quae nuptias impedit, etiamſi coitus acceſſerit, *cap. fin. X. de cognat. ſpirit.*

 Nam

Nam perturbata conſcientia non in ſponſalibus tantum ſed etiam ipſis nuptiis diſſolutionem parit, etiamſi diſpenſatio acceſſerit. CVRTII ANTONII *Epitome Iuris Canon. lib. 3. cap. 7. §. 51.*

XIV. Si nobilem iuſto errore alterum putauit, cum talis non ſit, nam ob generis et clypei diſcrimen ipſum etiam matrimonium diſſoluitur, LL. *Friſion tit. 6. §. 1.* CLEFEL *Antiquit. Germ. pag. 58.* Deſcendit nempe hoc ex odio Germanorum in matrimonia inaequalia. Idem obtinet, ſi ſponſa libera probet ſponſum eſſe hominem proprium ex Luſatia fugitiuum atque hoc ſe ignoraſſe. CVRTII ANTONII *Epitome Iuris Can. lib. 3. cap. 7. §. 36.* Sed et matrimonium diſſoluendum puto ob tale generis et clypei diuerſitatem, quia hic error non in bonis eſt, ſed in ipſa perſona.

XV. Diſſoluuntur ſponſalia ob herniae occultum vitium.

XVI. Si ſurdus alter aut coecus aut claudus fiat. CARPZ. *lib. 2. Reſp. 181.*

XVII. Si apoplexia tangatur,

XVIII. Ob ſuperuenientem inſignem deformitatem v. c. ſi vlcus naſum excedat, aut oculus excidat. *cap. 25. X. de iurei.* Generatim omnia ſponſalia contrahuntur ſub tacita clauſula, rebus ſic ſtantibus. Nec tamen leuiſſima mutatio alium plane rerum ſtatum efficit. Variolarum reliquiae faciei impreſſae non ſufficiunt.

XIX. Ob iniurias atroces. Sic nuper diſſoluimus ſponſalia, quod ſponſa probabat dixiſſe ſponſum: ſie ſey ihres Dienſtherrn Hure geweſen, ſimiliter in aliis criminibus obiectis. Idem ſi ei perperam obiecerit: ſie ſchleppe ſich mit andern Mansperſonen, item ſie ſey ein Luder und Canaille item: er wolle hundert Thaler darum geben, wenn einer wäre, der ſie verunehre. WERNHER *P. 1. Obſ. 25.* Imo ſolus contemtus abſque iniuriis ſufficit, vnde BERGER in *Oecònomia pag. 111.* refert, repudio locum dediſſe Wittebergenſes, quod ſponſus dixerat: er ſchere ſich nichts um die Braut, hätte auch ſchon eine andere. Eodem modo res ſe habet, ſi aliam ambierit virginem atque huic inſinuauerit, er wolle ſchon ſehen, wie er jene los würde. Nota tamen exceptionem: ſi quid non animo iniuriandi ſed defendendi cauſa iracundius dictum ſit, quo caſu memini cauſarum patronum nihil amplius niſi hoc pro ſua cliente protuliſſe:

lisse: *amantium irae amoris redintegratio.* Vide etiam infra num. XXV.

XX. Ob alapam vel leuissimam.

XXI. Si vitae genus sordidum eligat aut leuem sibi notam contrahat v. c. theatro se mancipando.

XXII. Si se diuitem iactauerit, cum non esset. LYNKER *Resol. Disc. Forens. Centur. 2. pag. 213.* immo sufficit, si edoceatur futura vxor sponsum honesta vitae alimenta propter inopiam non subministraturum LEYSER *Spec. 296. Medit. 2.* WERNHER *P. 4. Obs. 224.*

XXIII. Si sponsa per vim stuprata ab alio, aut tantum rapta est, BÖHMER *I. E. Protest. T. 3. pag. 1225.* immo mense Iulio 1767. diuortium decreuimus pariente vxore mense quinto, licet in iudicio criminali iurauerat, se vi a milite ignoto in via publica compressam. Iniquum enim videbatur maritum, vt alienam prolem aleret, compellere. Matrimonii autem dissoluendi stuprum violentum causam non praebet.

XXIV. Si post sponsalia quis vel leuissimum delictum v. c. furtulum vel quatuor grossorum commiserit aut etiam commissum ante sponsalia demum resciuerit. PUFFENDORF *Tom. 3. Obs. 166.* LEYSER *Spec. 52. med. 4.* FLEISCHER Einleit. zum geistl. Rechte *pag. 347.* Item ob homicidium culposum, CARPZ. *Iurispr. Consist. lib. 2. defin. 177.* Ob iniurias tamen in tertium euomitas aut petulantiam repudio locus non est. BÖHMER *I. E. Protest. Tom. 3. pag. 1233.*

XXV. Si inimicitia capitalis superueniat, aut inter ipsos desponsatos, aut etiam vnius desponsati cum alterius sponsi parentibus vel fratribus. CARPZ. *Iurisprud. Cons. lib. 2. defin. 176. n. 8.* Vnde mense Iunio 1767. pronunciauimus: Dieweil nicht allein die zwischen Braut und Bräutigam, sondern auch eines derselben mit jenes Eltern oder Geschwister entstandene unversönliche Feindschaft, in Betracht der unvermeidlichen Verbindniß, in welche eines derer Eheleute mit des andern nahen Freundschaft gesezet wird, die Zusagung der Ehe, nach Beschaffenheit der Sache, zumal wenn noch andere Umstände nebenbey eintreten, leicht aufhebet und wegen der aus denen Acten sich ergebenden Vorfälle eine friedliche Ehe nicht zu hoffen ist ꝛc. Dissoluit talis capitalis inimicitia sponsalia, etiamsi iam concubitus

bitus accesserit, etiamsi res iudicata de consummando matrimonio adsit. WERNHER *P. 3. Obs. 10. et 41.* Vide etiam supra num. XIX. et infra num. XXX.

XXVI. Bona gratia hodie praescitu Consistorii semper recedere possunt, modo probabilem quodammodo causam v. c. mediocres inimicitias obtendant, nec amplius si vterque cupit recedere, earum probatio vt quondam ipsis iniungitur. LEYSER *Spec. 295. med. 1.*

XXVII. Si gloriatus sponsus fuerit: sponsam se iam ipsi in Venere facilem praebuisse, adeoque eius pudicitiam infamauerit v. c. cum propalasset: Die Braut habe kein Flekgen an ihrem Leibe, den er nicht beschreiben und abmahlen wolle. LEYSER *Spec. 295. med. 9.*

XXVII. Si mulier militi se desponsauerit atque is transfuga hostium castra sequuatur.

XXVIII. Errorem inuincibilem in essentialibus repudio locum dare, non vincibilem cum dicunt, non intelligo quid istud rei *sit.* Certe omnis error est vincibilis. Vnde quemlibet errorem puto sponsalia dirimere, si modo non in re exigua et nullius momenti inciderit. De diuitiis supra diximus num. I. et XII. et de statu nobilitatis num. XIV.

XXIX. Metus, modo reuerentialis non sit, adeo vitiat non sponsalia solum, sed ipsum etiam matrimonium, vt licet benedictione sacerdotali et concubitu, ex quo liberi, firmata sint, metus perdurare videatur, vsque dum causa metus morte aut alia ratione peremta sit, nec inter est vtrum tertius metum incusserit aut sponsus L. *4. §. 33. ff. de dol. et met. except.*

XXX. De dolo inferius dicemus.

XXXI. Haec et alia, si inciderint, dissoluuntur sponsalia etiam iurata. *cap. 25. X. de iureiur.*

XXXII. Nec concubitu seruari possunt sponsalia alias inualida. Nam opinio quasi post concubitum sponsalia degenerent in matrimonium nulla plene lege suffulcitur, et praxi Consistorii Lipsiensis est contraria. KÜSTNER *ad Deylingium p. 535. et 585.* Plus mihi videtur operari, si post publica sponsalia concubitus accesserit

tunc

(tunc enim ſponſalia difficillime ſoluuntur) quam ſi praegreſſo concubitu clandeſtina ſponſalia ſecuta.

XXXIII. Ob impudicitatem v. c. cum ſponſa in conuiuio per iocum dixiſſet: Einer ſey ihr nicht genug, ſie müſſe deren fünfe haben.

XXXIV. Ob illegitimam natiuitatem, de qua re dicemus in Obſ. infer.

Contra vero Sponſalia non diſſoluuntur.

XXXIV. Si ſponſus inter milites vel inuitus legatur, aut ſponte caſtra ſequatur.

XXXV. Si ab officio non ob delictum, ſed ſine ſua culpa deponatur, modo vxorem vel ſic alere poſſit.

XXXVI. Nuper ſponſi ſuperſtitioſam ſimplicitatem riſimus, qui aſſerebat, ſe certo comperiſſe ſponſam ſuam eſſe veneficam, ſey eine Hexe. Item ſie habe den Kobold, Item: er habe den Drachen bey ihr einziehen geſehen. Iuriſiurandi delatio ſuper pactum cum cacodaemone initum etiam in ciuili iudicio nunquam admittitur. Anne enim ſi quis dicat bis duo quinque efficere et ſuper ea re iusiurandum deferat, id fieri poſſe exiſtimas?

XXXVII. Si vnus ſponſatorum dicat alterum bonum Lutheranum ſimulare quidem, ſed in imo pectore merum catholicum eſſe aut Caluinianum, aut Naturaliſtam, ideoque ne per varias tentationes anima ſua ab hoc marito futuro in gehennam rapiatur, ſe vereri. Nam cogitationis poenas nemo luit, nec quisquam, vt quid de cultu ſentiat publice detegatur, compelli poteſt. Quid quod, ſi poſt ſponſalia palam catholicum ſe profiteatur, ex KÜSTNERI ſententia *ad Deyling. P. 3. c. 6. §. 59. Not. S. pag. 570.* ſponſalia ob id diſſolui non debent, cui ſubſcribo ex reuerentia, quam debemus Paci Weſtphalicae. Si enim hic portus ſalutis noſtrae, vt Pacem Weſtphalicam appellare ſoleo, ſi hoc Palladium nobis eripiatur aut violetur in quopiam, quod nobis oculis noſtris debet eſſe carius et ſanctius, omnis res noſtra labetur et cadet. Itaque ne latum vnguem quidem ab ea Imperii lege recedi cupio, cum probe norim, quantum noſtra interſit, omnia eius placita

ſanctiſ-

ſanctiſſime et reuerenter cuſtodire. BÖHMER ſane in *I. E. P. Tom. 3. lib. 4. tit. 1. §. 178.* ita diſſerit: *Si ſponſus ob mutatam ſponſae religionem illam non deſerit, ſi promittit, ſe, vt tranquille in noua religione permanere poſſit, facile paſſurum nec vllo modo eam inquietaturum, ipſa ſponſum deſerere nequit. Nec diſtinguendum eſſe arbitror, vtrum veram an erroneam religionem amplexa ſit.*

XXXVIII. Si alteruter dicat, ſe nuper horrendum quid in eius genitalibus obſeruaſſe, modo exceſſus non talis ſit, qui delectationi coniugali impedimento ſit. WERNHER *P. 4. Obſ. 224. num. 7.* Prolapſus vteri vel leuiſſimus, iuſta repudii cauſa.

XXXIX. Nec ſola tenera aetas reſtitutionem miniſtrat. LEYSER *Spec. 295. med. 8.*

XL. Nec, vt idem LEYSER *Spec. 295. med. 7.* exiſtimat, propter inconſiderate et feſtinanter nimis celebrata ſponſalia, repudio locus, ſi modo ea obſeruata fuerint, quae *ſupra Obſ. LXXI.* poſuimus.

XLI. Nec ob vagum rumorem ſtupri aut adulterii quondam commiſſi, nec ob carmen famoſum incerto auctore conditum, ſponſalia diſſoluuntur, ſed, ſi ſponſus ſponſaue de his criminibus accuſetur, differendum matrimonium, vsque ſe purgauerint.

XLII. Si facies variolis deformata quam plurimis. Intellige hoc tamen, ſi non deformitas horrorem incutiens orta ſit, quod arbitrio iudicis committitur definiendum.

XLIII. Si vnum tantum teſticulum ſponſus habeat, re licet explorata, tamen ſponſa non recedet. *L. 6. §. 2. ff. de aedil. edict.*

XLIV. Circa dolum recte diſtinguit STRYKIVS in diſputatione ſuperius laudata, inter eum, qui ſponſalibus cauſam dederit atque incidentem. Incidentis exemplum hoc adſcribam: Si puella eum, qui fidem matrimonii iam publice dediſſet, vacillare in amore ſentiat atque, vt ipſum firmet et alliget fortius, ſpem amplae dotis ei faciat, quam probe ſciat, nunquam ſe allaturam, hic dolus parum nocebit, quoniam iam antea, nullis circumuentus machinationibus, eam ſibi ſponſam elegerat, eamque ducere tenebatur, priusquam ille dolus inciderat. LEYSER *Spec. 296. med. 6.* Aliud exemplum haud nociuae

fraudis.

fraudis. Si non ipſe deſponſatus, ſed quisquam alius, dolo cauſam ſponſalibus dederit, v. c. auunculus valde opulentam virginem mentitus ſit, eaque hoc ignorauerit neque forte fraudis ſociam ſe praebuerit, ſponſalia ſubſiſtunt; arg. L. 9. ff. quae in fraud. credit. nec decepto aliud remedium ſupereſt, quam actio doli quae mere perſonalis eſt, aduerſus decipientem. Obſ. 646. In metu contrarium obtinet. L. 4. §. 33. de dol. et met. except. Obſ. DCCLXXVII.) Sunt autem ſponſalia tantum reſpectu decepti nulla; non intuitu decipientis. Obſtat *cap. 26. X. de ſponſal.* Sed hoc capitulum a Proteſtantibus negligitur. Tametſi enim dolus, metus, vis contractus bonae fidei ipſo iure vitiet et omnino nullos efficiat, tamen dolus ſuus decipienti patrocinari non debet, ne quod in fauorem alicuius introductum in eius odium retorqueatur. WERNHER *P. 3. Obſ. 66.* ZIEGLER *ad Lancell. lib. 2. tit. 6. §. 10.*

XLV. Ebrietas quam quis obuertit in ſponſalibus adfuiſſe, nunquam excuſat, niſi tanta fuerit, vt ſenſus omnes et rationis vſum peremerit.

XLVI. Quid ſi alius ſponſus interueniat atque praeſentem repellere velit? tunc diſtingue. Si ſponſa contra hunc obtineat et meram vexam doceat, praeſens ſponſus recedere non poteſt. At vero ſi cum eo, der den Einſpruch gethan, tranſigat, tunc praeſens ſponſus reſilire poteſt. Etenim dua ſponſalia etiam clandeſtina qui quaeue contraxit, adeoque ignoratum a deſponſato delictum commiſit, odio et indignationi iuſtae anſam praebet. L. 18. C. de tranſ. XLVII. De iure iurando ſponſalibus adiecto hanc teneo ſententiam, vt ſi parentes ob neglectum conſenſum nulla dicunt, aut ſi dolo, vi, errore, metu elicita fuerint, aut adſit aliquis cui prius matrimonium valide promiſſum, iusiurandum non debeat eſſe vinculum iniquitatis. At ſi talia non adſint defectum ciuilium ſolennitatum puto iusiurandum poſſe ſupplere CCXLIV., 292. et etiam neglectis ſolennibus clandeſtina ſponſalia roborari, quia iuramentum omne quod ſalua ſalute aeterna ſeruari poteſt, ſeruandum eſt. Sed et iuramentum habet in ſe tacitam clauſulam rebus ſic ſtantibus, vnde ſi poſt iurata ſponſalia aliquid accidat v. c. inimicitia capitalis, delictum aut aliud tale impraeuiſum, iusiurandum non impediat repudium. An etiam contra legem prohibitiuam? vide Obſ. CCLXXIII.

OBSERVATIO CCCCI.

Per fideicommissum hodie quis plus onerari potest quam honoratus est.

Scriptum in *L. 41. §. 3. de vulgar. et pup. subst. L. 2. seq. ff. de legat. 3.* fiduciarium non posse cogi plura restituere, quam ipse a fideicommittente acceperit. Itaque iure Romano fiduciarius et testatoris et sua bona fideicommissario non relinquit, etiamsi testator hoc ita iusserit. Hoc verum, nisi fideicommittens ita praeceperit et heres consenserit, tunc enim regula fallit, sicuti ostendunt coniugum testamenta reciproca, in quibus saepe maritus de vxoris patrimonio, vt de suo disponere solet.

OBSERVATIO CCCCII.

Ex duabus contrariis probationibus iudex pro suo arbitrio sibi probabiliorem eligit.

MENOCHIVS *Arbitrar. Iud. Quaest. lib. 2. cent. 1. cas. 90.* Tutius tamen pronunciaueris pro reo aut pro causa magis fauorabili.

OBSERVATIO CCCCIII.

Ne quidem res geradicas vxor sine mariti consensu oppignorare potest.

Venditas ab vxore geradicas a possessoribus vindicat maritus, etiamsi negari non possit, dominium esse penes vxorem. Nam saltim vsus earum inuito marito intercipi nequit, ne quid de incommodo dicam, nouum ornatum comparandi, si vxor, quem habebat, vendiderit. Locus in Speculo Saxonico lib. 1. art. 31. et 45. omnem dubitationem tollit: Ein Fraw mag ohne ihres Mannes Willen von dem ihren nichts

nichts vergeben noch verkaufen. Quod autem receptitia attinet, liberrimam habet vxor alienandi potestatem. *Mand. d. 18. Nou. 1722. Ordinationi Processs. Rec. sub. num. 12. adiectum.*

OBSERVATIO CCCCIV.

In reprobatione haud vti licet iure iurando super capite in Interrogatoriis contra probationem antea exhibitis contento.

Etiamsi super vno eodemque articulo iuramentum deferri et testes produci haud permittatur, eamque ob causam ne indirecte quidem formatis interrogatoriis hoc fieri posse colligat BERGER *in Oecon. Iur. pag. 1103. et in Elect. pag. 374.* tamen aliud sunt interrogatoria, aliud articuli. RIVIN. *tit. 21. Enunc. 43.* Ita quondam pronunciatum fuit in Facultate Iuridica. Ego tamen dissentio, ac ipsum collegium mutauit sententiam Mense Martio 1775. his quidem verbis sententia perlata: Obwohl Beklagter da er über Klägers Beweis Artikul wobey Zeugen abgehört werden sollen Fragstüke übergeben, die Meynung dadurch zugleich seinen Gegenbeweis zu führen, nicht gehabt, sondern einzig und allein die Zeugen mittelst solcher Fragestüke auf den rechten Weg zu führen und sie, daß sie überlegen möchten, was sie eigentlich aussageten, dadurch zu vermögen, die Absicht geheget, wannenhero daß die übergebenen Fragstüke gleichsam nur als eine Folgerung und Anhang der Beweis Artikul zu betrachten wäre, es sich ansehen läßet und alle Geseze so etwas sonderbares und abweichendes verordnen, in engsten Verstande anzunehmen.

Dennoch aber und dieweil der Grund und die Ursache warum bereits in der alten Proceß Ordnung tit. 18. §. 3. daß niemand über einerley Umstände sich zugleich der Gewissensrührung und der Zeugen nicht bedienen solle, keine andere als diese ist, weil hernach bey dem Endurthel, wenn dasjenige so die Zeugen bejahet, von Gegentheilen abgeschworen worden, die Entscheidung schwer wird, und der Urthelssprecher nicht sicher weiß, ob er den Zeugen mehr, als dem geleisteten Eyde Kraft beylegen solle, immasen sodann sich allemal ein Widerspruch ereignet, welchem die Proceß Ord-

nung in Zeiten vorzubeugen bemühet gewesen, und aber wo eine gleiche Bewegungs Ursache des Gesezes vorhanden, auch die Entscheidung gleich seyn muß — — Sequebantur deinde alia argumenta ex Beati Dni Patris mei Programmate inaugurali 1761. depromta, qui ita ait: „An vero locus sit iuramento super articulis reprobatorialibus, qui continent circumstantias et momenta, super quibus testes probatoriales ad interrogatoria deferentis iam sunt examinati, non eadem omnium sententia est. Negat de BERGER *Oec. Iur. L. IV. tit. 25. §. 5. not. 13.* affirmat RIVINVS *ad tit. XXI. Enunc. 43.* BARTH. *Hodeg. Forens. cap. I. §. 42. not. c. n. 5. pag. 190.* Affirmantes pro sententia sua sequentes proferunt rationes, primo aiunt Ordinationem Process. Saxon. tit. XVIII. §. 3. disponere de casu singulari, quod scilicet super iisdem articulis nemo et iuramentum deferre et probationibus vti possit, ergo hanc sanctionem specialem non trahendam esse ad casum prorsus dissimilem. Porro monent, interrogatoria offerentem non versari in probatione. (Er werde dadurch kein Beweisführer) nec principaliter id intendere, vt interrogatoriis suis contrarium eius, quod in probationem erat deductum, demonstret, sed per interrogatoria articulos probatoriales saltim illustrari et magis explanari. Sed nititur contraria sententia rationibus, vt mihi videtur, longe fortioribus, scilicet, qui offerendo interrogatoria ad articulos probatoriales semel elegit viam probandi ordinariam per testes deinde in reprobatione super iisdem capitibus iurisiurandi delatione vti nequit, quia, quod directo non permittitur, nec fieri debet oblique aut per indirectum, cum per ea, quae supra diximus, probatio ordinaria cum iuramenti delatione simpliciter stare non possit, ne alterum altero subuertatur, igitur, etsi propositus casus, vt volunt dissentientes, in Ordin. Proc. Saxon. expresse non reperiretur, tamen ob rationis generalitatem extensiua interpretatio locum sibi haud dubie vindicabit. Sed, re penitus perspecta, extensiua interpretatione nequidem opus est, potius ille ipse casus, de quo iam quaeritur in Ordin. Proc. Saxon cit. tit. XVIII. § 3. continetur. Dicitur ibi: Es wird aber dem Deferenten nicht vergönnet, daß er sich zugleich und coniunctim des Beweises und der Eydesdelation NB. über einen Klagartikel (nicht über einen Beweisartikel) gebrauchen möge, hoc autem re ipsa fieret, si reprobaturus super ea momenta, super quae testes probatoriales oblatis interrogatoriis antea examinari

„curauit

„curauit iam aduersae partis conscientiae committere velit. Hinc cum „ICti Göttingenses iurisiurandi delationem hoc casu admisissent, ad requisitionem Praefecti Sonderhusani in causa H. G. Wolf c. M. M. Hertingin Mense Decembr. 1739. Facultas Iuridica Lips. transmissis ad „eam interposita leuteratione actis Mense Maio 1740. reformatoriam „tulit sententiam et iuramenti delationem super articulis reprobatorialibus 6. 7. 10. 11. pro inadmissibili declarauit, ex ratione, quod facta „continerent, super quae testes probatoriales per interrogatoria iam „ante essent examinati.

„Eundem in modum laudata Facultas respondit quoque Mense Maio „1732. versus Lauchsted ad requisitionem Praefecti in Mislachii con„cursu, nec non Iustitiario Weissigensi in causa derer Anspänner zu Weis„sig c. die Häusler daselbst Mense Iunio 1751.„

OBSERVATIO CCCCV.

Iactans se crimen commisisse arbitrarie punitur.

Confessionem extraiudicialem per duos testes plene probatam semi plene probare adeoque, si quod non fecerit, fecisse mentitus fuerit, vt veritatem detegat, non raro torturam locum habere, diximus in obseruatione CCXVII. Quid si illam superet? Tunc insuper arbitrarie, attamen leuiter punitur? Cur? quia falsum commisit et exemplo suo nocuit.

OBSERVATIO CCCCVI.

Mater si se tutricem liberorum gerat, opus habet tutorio.

Scilicet in Saxonia. Vnde pronunciamus: Dieweil das Wort natürliche Vormundschaft, nach dem Gerichtsbrauche hiesiger Lande ein leerer Nahme ist, so in Rechten nicht besteht. In iis autem prouinciis, vbi communio bono-

bonorum viget, liberi non in patris ſolum, verum etiam matris poteſtate ſubſiſtunt, quam mortuo marito ſola continuat. Dicitur autem iis in locis natürliche Vormundſchaft adeoque non magis tutorio opus habet, quam maritus, qui ſuae vxoris ehelicher Vormund appellatur, aut pater in liberis nondum emancipatis, Hi ſoli a magiſtratu hodie non confirmantur. Exceptio vnica in cauſa ſtupri, ſi mater alimenta petat. Tunc quaſi procuratrix in rem ſuam admittitur.

OBSERVATIO CCCCVII.

Viae publicae iurisdictio in Saxonia Electorali iudici ordinario competit.

Vias publicas inter regalia ſibi reſeruauit Fridericus Imperator *2. F. 56.* adeoque, ſi quid in via publica delictum, cognitio ad principem eiusue praefectos pertinet, licet alius iſtius loci iudex ſit ordinarius. Exceptio eſt in Saxonia vbi in der Erledigung der Landesgebrechen vom Jahr 1612. *num. 24.* ita diſpoſitum: Daß unſere Unterthonen alle Händel, ſo ſich auf denen Straßen begeben, da ihnen ſonſt die Ober Gerichte zuſtehen, ungehindert von unſern Amtleuten, zu richten haben ſollen, und davon nichts ausgeſchloſſen, allein alle Gewalt Sachen, Raub und Zugriffe, auch öffentliche und vehdliche Thaten, welche uns aus Kraft derer Regalien und fürſtlicher Obrigkeit zu richten zuſtehen, wollen wir uns vorbehalten haben.

OBSERVATIO CCCCVIII.

Cauſae minutae extra Saxoniam.

Non apud nos tantummodo in leuioribus cauſis commodior procedendi modus, ſed vbique terrarum, quemadmodum ex TIRAQVELLI peculiari tractatu *de iudicio in rebus exiguis ferendo* ſatis apparet, vt alias auctoritates taceam. Quantitas tamen in variis prouinciis variat. Secundum naturalia iuris dictata cauſam minutam definiuerim, quae ſit,

ſit ita comparata, vt impenſae ordinarii proceſſus lucrum ex lite ſperandum excedere poſſint. Ex quo apparet, cauſas incertae aeſtimationis non eſſe exiguas, vt ſi vicinus ſterculinium ante meas feneſtras aceruet, aut cloacam nimis prope fodiat. Id tale incommodum puto, vt ferre nolim, etſi ſumtus litis decies pretium loci excedant, in quo poſitum eſt. In huiusmodi aeſtimationis incertae rebus vni arbitrio iudicis relinquendum: maioremne putet, aut exiguam cauſam?

OBSERVATIO CCCCIX.

De ſucceſſione hominis in alio territorio bona poſſidentis.

Si territoriorum diuerſorum incolae tertio loco nuptias contraxerint, ſucceſſio diiudicanda non ex loco copulationis ſed domicilii mariti.

De aliis huiusmodi legum colliſionibus.

In cambio iura loci vbi ſcriptum eſt, non ſolutionis attendenda.

In indoſſamentis et acceptationibus contra.

Promiſiſti per epiſtolam alteri et ille acceptauit; antequam vero tibi de eius acceptatione conſtat, promiſſum reuocas. Reſpondeo non licere.

Locus contractus vbi acceptatio facta.

Extat quaedam HERTII vberrima *de colliſione legum* diſputatio, ex I qua practica quaedam delibare placet, hac libertate tamen, vt in quibusdam ab eius opinione tacite recedam et, quod in plerisque eueniet, noſtram ſubſtituam, quoniam in paucis omnino cum eo ſentio. Hinc lectores qui haec noſtra cum illa diſputatione contulerint, exemplis

plis Hertianis alias a nobis decisiones plerumque adsutas inuenient. Quod in eius contumeliam dictum nolim, quia HERTII manes de caetero sancte veneror, atque famam eius meritis minorem esse, saepe indignatus sum. Attigi etiam hanc quaestionem paulisper supra Obs. CCLXXXV. quae de vno homine plures sustinente personas agit.

2 Primum generaliter monendum: homines quinque fere modis diuersis potestatibus aut legibus subiici vel ratione personae, vel ratione bonorum, vel ratione actuum, vel ratione delictorum, vel ratione iudicii in quo agunt conueniunturue. Hinc sequentes formabimus regulas:

3 REGVLA PRIMA. Quando legum diuersitas se ratione status exerit et de persona quaeritur, respiciendum est ad leges domicilii. Sic Saxo annos XXI. supergressus vbiuis maior putatur, et elector in prouinciis, quas extra electoratum possidet, annis XVIII. quoniam alias hoc absurdum consequeretur, vt quis minor atque maior simul sit. Famae restitutus a principe domicilii omnino est restitutus. Vbique prodigus habetur, qui in patria pro tali declaratus. A suo principe qui veniam aetatis impetrauit, in loco alio contrahens frustra restitutionem petit. Item qui a principe domicilii est legitimatus, patri etiam in bonis alibi sitis succedit.

4 REGVLA SECVNDA. Ratione bonorum mobilium respiciuntur iura domicilii, quoniam mobilia quasi ossibus inhaerent, *arg. L. 19. §. fin. ff. de iud. L. 2. ff. de pec. leg.* ratione Bonorum IMMOBILIVM autem, praeualent iura loci, vbi sita sunt. *L. fin. C. vbi in rem act. Decis. Elect. 54.* MENKE *Pandect. lib. 38. tit. 1. §. 38. 39. pag. 594.* quod etiam in Processu Concursus obseruatur. CARPZ. *P. I. C. 28. defin. 9.* MEV. *Ius Lubec. lib. 3. tit. 1. art. 11. num. 26.* Attigimus hanc regulam et probauimus iam supra *Obs. CLXXV.* vbi portionem statutariam domicilii non attendi in praediis alibi sitis, demonstrauimus. Adde Obs. CLIX. Eodem modo si quis in Saxonia, vbi ius repraesentationis in linea collaterali nullum, moriatur externos fundos possidens, fratrum liberi in his externis fundis, non autem in mobilibus succedunt. *vid. infra n. 15.* Nec leges

quae

quae natu maiori praerogatiuam in ſuccedendo tribuunt, porrigentur ad bona in alio territorio ſita. TIRAQVELL. *de Iur. Primogen. quaeſt. 46.* Nam leges eiusmodi quaſi rei ſcriptae ſunt. In Saxonia habitans, vbi retractus gentilitius valde reſtrictus ac propemodum ſublatus eſt, ſi fundum alibi poſſideat, reſpondeo in hoc fundo conſanguineis retractum non denegandum. Bonis mobilibus etiam accenſentur nomina et hypothecae, ſicuti pronunciauimus 1771. his verbis. Dieweil dafür gehalten wird, daß das Fahrniß einer Perſon dergeſtalt anhänge daß der Eigenthümer deſſen Beſiz allemal bey ſich zu haben ſcheinet wenn er auch ſich an einen andern Orte aufhält, besonders aber auſenſtehende Schulden, als unkörperliche Dinge, ſich an gar keinen Orte, ſondern nur das Recht ſolche einzutreiben ſich in der Perſon des Glaubigers befindet, und daher ſelbige den beweglichen Güthern gleich geachtet werden, ſintemalen der Eheman als mobiliariſcher Erbe, nach ſeines Weibes Tode, ſolche überkommet, und eine Hypothek keine an und für ſich ſelbſt beſtehende Sache iſt, ſondern einem andern vorhergegangenen Haupt Contracte nur beygeſellet wird, indem das verpfändete Grundſtük dem Gläubiger wegen ſeiner perſönlichen Forderung nur Sicherheit giebet, das Weſen aber des Hauptcontractes dem ſie beygefüget, keinesweges verändert, vielmehr als ein Acceſſorium deſſen Natur und Eigenſchaft an ſich nimt, alſo auch durch Grundſtüke verſicherte Darlehne, allemal Darlehne bleiben, und alle auſenſtehende Schulden, dem beweglichen Guthe gleich zu achten CARPZ. P. 3. Conſt. 21. def. 4. n. 7. ſintemalen dieſe Eintheilung ſich nach dem Gegenſtande richtet und qui rem habere videtur ipſe qui habet actionem ad eam conſequendam L. 15. ff. de regul. iur.

REGVLA TERTIA. In contractibus, teſtamentis aliisque actibus et rebus geſtis, inſpiciendus eſt locus actus, non domicilii nec rei ſitae. *L. 6. et 48. ff. de euict. L. 1. C. de emancip. L. 34. de regul. iur.* Teſtamenta ſecundum ſolennitates loci, vbi teſtator ſcripſit vel nuncupauit, condita, vbique valent *cap. 1. X. de ſponſ. L. 34. ff. de reg. iur. L. 1. pr. ff. de vſur.* HVBER *Praelect. ad Pandect. lib. 1. tit. 3. p. 538.* DONELLVS *in Opuſculis Poſthumis pag. 260.* Non ergo valor teſtamenti ex legibus loci vbi hereditas ſita, ſed ex loco conditi teſtamenti dependet. Nuptiae ſecundum ſolennitates in domicilio vſitatas celebratae in aliis quoque prouinciis iuſtae putan- 5

dae. Vnde Iudaeorum connubia non quidem rata, vt hoc stulto vocabulo vtar, sed tamen iusta et legitima, et inter ipsos Christianos si qui ex Batauia aut aliis regionibus, in quibus hierologia ignoratur, ad nos migrauerint coniuges, noua copulatione non opus est PHILIPPI *ad Decis. Elect. 39. Obs. 1.* quod autem non ad formam actus copulationis pertinet, sed ex successione, quae domicilium respicit, fluit, non ad locum vbi sponsalia celebrata nec ad locum copulationis, sed ad mariti domicilium respicitur. Itaque si ciuis Lipsiensis in loco vbi communio bonorum obtinet copulatus sit, tamen talem Lipsiae allegare non poterit. Si tamen de solennibus et forma externa v. c. pactorum dotalium quaeratur, illa diiudicanda ex loco actus vt ex Regula III. patebit. In Cambiis ius loci, vbi scriptae sunt litterae, non loci solutionis respicitur. BARTH *Dissens. 790.* BÖHMER *Consult. Tom. 2. P. 1. Resp. 46. n. 12.* BECK Wechselrecht *cap. 2. §. 3. num. 3. p. 66.* SIEGEL Einleit. zum W. R. *c. 1. § 10. pag. 21.* ZIPFEL *pag. 62.* In indossamentis considerantur iura loci, vbi indossatio facta. In obligationibus autem quae ex acceptatione fluunt, locus acceptationis vt responsum Facultatis Lipsiensis mense Aprili 1767. Hildesheimensibus datum, copiosius declarat: Ist dem Anführen nach zu Hildesheim, alwo Nicol Goffaux den von Wien aus an ihm gestelten Wechselbrief acceptiret, kein Wechselrecht üblich, bey welchem besondern Umstande: Ob besagtem Acceptanten des Wechselbriefes die Ausflucht: daß in der Stadt Hildesheim kein Wechselrecht gelte, etwas helfen könne? zu wissen vonnöthen.

Ob nun wohl die Unwissenheit fremder und auswärtiger Rechte niemanden schädlich, also den in Hildesheim wohnhaften Goffauxen eher noch zu einer Entschuldigung gereichet, daß er sich mehr um die Gewohnheiten der Stadt, worinnen er wohnt, bekümmert habe, in welchen, wie die uns zugesante Geschichts Erzehlung besaget, man nichts von einem Wechselrechte weiß, und wenn schon heutiges Tages Wechsel durch ganz Europa üblich, nichts desto weniger die diesfals eingeführten Gewohnheiten für kein algemeines Völkerrecht auszugeben sind, wannenhero, daß die Acceptation des Wechsels, weil sie in Hildesheim geschehen, zu nichts verbinde, mit einigem Scheine Rechtens behauptet werden möchte; Im Gegentheile aber, daß der Acceptante nicht nur bezahlen, sondern noch über dieses wieder ihm nach Wechselrechte, das heist mit der Haft, wohl verfahren werden möge, um

um deswillen zu folgern stünde, weil ein jeder Acceptante alle Obliegenheiten des Trassanten auf sich nimmet, in Erwegung, daß er durch die freywillige Annahme des Wechsels und seines Nahmens Unterschrift stillschweigend sich zum Selbstschuldner auf das verbindlichste einsezet, nach dem in Wechselsachen gar bekannten Saze: Wer acceptiret, der bezahlet, mithin der Acceptante eben so, als ob er das Geld selber in loco contractus aufgenommen und empfangen hätte, in Ansehung der Münzsorten und sonst der Regel nach in allen haften muß,

RAUMBURGER *Iustit. Select. in Camb. cap. 39. §. 1.*

wannenhero da der Trassante gegen einen an Goffauxen in Hildesheim ausgestelten Wechsel 955 Stük alte Louisd'or zu Wien aufgenommen, man nicht auf das, so in Hildesheim Rechtens, sondern nach der Wiener Wechselordnung sich richten müsse, es das Ansehen gewinnet, weil, wie gedacht, der Acceptante sich alles, was der Trassante zu thun schuldig war, selbst zu thun oder zu leiden sich freywillig dargebothen, also auch daß man wieder Goffauxen mit der Haft verfahren könne, überaus wahrscheinlich, weil, wenn auch kein Wechselrecht in Hildesheim üblich, doch jedermann durch einen Vertrag und sein besonders Versprechen auch zu einer Sache, die sonst nicht eingeführet, sich wohl anheischig machen kann; so dann ehe noch in Teutschland das Wechselrecht eingeführet, die obligatio ad carceres eine gar bekannte und in der That nicht unbillige Sache gewesen, wie denn, daß jemand heut zu Tage, auch ohne Formalitäten eines Wechsels, im Fal er nicht bezahlen werde, Haft zu erleiden sich verbindlich zu machen im Stande, nicht dem geringsten Zweifel unterworfen.

Dennoch aber und dieweil der Acceptante Goffaux bey der Acceptation sich so gar des Wechsel-Stils bedienet, also ihm, was das Wechselrecht und eine förmliche Acceptation auf sich habe, wohl nicht unbekant gewesen, gesezt aber, daß er davon gar keinen Begrif gehabt hätte, die Sache selbst, was er unternehme, ihn belehren können, weil derjenige, so einen Wechselbrief acceptiret, sich in der That dahin, daß er auf Befehl dasjenige so ihm von dem Hauptschuldner aufgetragen, befolgen, also die in dem Briefe vorgeschriebene Summe bezahlen wolle, satsam erkläret, also, das Wechselrecht ganz bey Seite gesezt, Goffauxen sein Versprechen schlechterdings verbindet, obwohl die andere Frage: ob auch mit gefänglicher Haft

 wider

wider ihn verfahren werden möge, etwas stärkern Zweifel unterworfen, da mehrere Gründe solches zu verneinen als zu bejahen, vorhanden, sintemalen, wenn auch schon bey Wechselbriefen ordentlicher Weise die Rechte des Ortes, wo sie ausgestellet, in Betracht zu ziehen, doch so wohl bey Jndossamenten als Acceptationen diese Regel ihren Abfal leidet, weil hier die Wechselordnung desjenigen Ortes, wo das Jndossament oder die Acceptation erfolget, die streitigen Fragen entscheidet L. 1. C. de emancip. lib. cap. 1. X. de sponsal. wie denn gar bekant, daß wenn ein Wechsel a vso lautet, hierdurch nicht der Gebrauch, so am Orte der Ausstellung, sondern wie er am Orte der Zahlung üblich ist, zu verstehen; mithin da in gegenwärtigem Falle der Präsentante und Acceptante beyde zu Hildesheim contrahiret, sich leicht vorstellen läst, daß gedachte Stadt, nicht aber Wien, so viel diese beyden Personen betrift, der locus contractus sey, wannenhero wenn in Hildesheim die gefängliche Haft im Fal der Nichtbezahlung für unbillig gehalten wird, Goffaux sich wider den Arrest zwar schüzen kan, obwohl selbiger, weil seine Acceptation, auch ohne alles Wechselrecht, als eine Handschrift allemal giltig ist, daß der executiv Proceß wider ihn angestellet werde, sich gefallen lassen muß, immasen hier der von GROTIO *de iure Belli et Pac. lib. 2. cap. XI. §. 5.* berührte Fall gewisser maasen vorhanden. So ist Nicol Goffaux die acceptirten Summen, jedoch, nicht nach Wechselrechte, zu bezahlen schuldig.

9 Semper vero inter contrahentes initium spectandum. L. *8. ff. mand. L. 2. §. 1. ff. de hered. vend. L. 78. ff. de verb. oblig. L. 1. §. 13. ff. deposit.* Hoc adeo placuit, vt etiam legatus publicus, etsi legibus illius ciuitatis, in qua commoratur, iure gentium non subiiciatur, tamen in celebrandis contractibus aut condendo testamento, iis subiaceat. Quid autem si contractus in alio loco initus, in alio confirmatus sit, cuius quaeso loci iura attendemus? Respondetur: iura contractus celebrati. *L. 38. ff. de oblig. et act.* quoniam confirmatio iudicialis rei nihil addit, sed tantummodo fidem auget. Sin autem contractus sit eiusmodi, qui sine confirmatione non subsistat. v. c. donatio quingentos solidos excedens, aut omnium bonorum, aut vnio prolium, iura loci, vbi confirmatur, praeualebunt. *L. 17. C. de fid. instrum. L. X. C. de emancip.*

Mulier Saxonica extra Saxoniam sine curatore valide contrahit. CARPZ. *P. 2. Constit. 15. defin. 6.*

REGVLA

REGVLA QVARTA. In proceſſualibus nunquam 10
ad iura domicilii aut rei ſitae reſpicitur, ſed ſemper ad iura loci, vbi iudicatur. Ita mulier Bataua in Saxonia litigans opus habet curatore, quoniam ſine eo apud nos in iudicio foemina agere aut comparere nequit. Quid autem ſi Saxonica litiget apud Batauos? tunc curatore non opus eſt. At, inquis, mandat tamen domi, Mandatum autem contractus eſt, adeoque Regula III. obtinebit. Reſpondeo mandatum foeminae niſi in iudicio producendum ſit, ne quidem in ipſa Saxonia curatore indigere. Libris mercatorum alibi maior, alibi minor vis probandi ineſt, quaeritur: an loci in quo ſcripti, an iudicii in quo producuntur, iura attendi debeant? Reſpondetur: poſteriora. Finge inſtrumentum vbi conficitur, paratam habere executionem, ſecundum iura loci autem, vbi producitur, hoc effectu carere; dico iudicem ſuos mores ſequi, quoniam actiones, exceptiones et probationes, adeoque et inſtrumentorum valor, ad proceſſum ſpectant. Sed executio ſubſidialis non fit ſecundum ſtylum requirentis, ſed ſecundum ſtylum iudicis requiſiti. BERGER *Elect. tit. 39. Obſ. 1. not. 2. pag. 1068.*

REGVLA QVINTA. In delicto ſpectamus leges 11
loci vbi commiſſum, ſi iſtae mitiores ſint. Contra autem ſi ſint duriores, ſpectamus iura loci, vbi accuſatur. Hanc regulam ſupra in Obſ. CCLXXXI. ex profeſſo demonſtrauimus.

His generalibus quasdam ſingulares quaeſtiones ſubiun- 12
gemus: Caius iter faciens per quoddam territorium, ibi moritur, in alia prouincia fundos poſſidet; vtriusque iura diſcrepant a iure domicilii, quaeritur ſecundum quas leges ſucceſſio deferatur? Reſpondet HERTIVS: Locus mortis non poteſt reſpici, quia in eo defunctus nihil egit, et ius in aduenam tanquam ſubditum temporarium morte vel diſceſſu ſtatim exſpirauit. Ergo in bonis mobilibus fit ſucceſſio ſecundum iura domicilii, in fundis ſecundum leges loci, vbi ſita ſunt, per ea quae in Regula ſecunda tradidimus.

Infans in extero territorio naſcitur ex matre peregrinante, ibique 13
ſtatim decedit, quaeritur: an mater ei ſecundum leges territorii pere-

grini ſuccedere poſſit? Reſpondeo ſecundum leges domicilii. Nam infans non habet aliud, quam parentes, domicilium. Si ciuis Lipſ. commerciorum cauſa Argentoratum profectus, ibi moriatur, in ſucceſſione mobilium non Argentoratenſia ſed Lipſienſia ſtatuta attendi debent CARPZ. *P. 3. Conſt. 12. def. 13.* Item ſi quis in alio loco praedium nobile conduxerit, ibique moriatur, vidua portionem ſtatutariam capit, qualis eſt in loco domicilii, non qualis eſt in loco conductionis MENKE *Pand. lib. 5. tit. 1. §. 28.* LYNKER *Deciſ. 782. Adde Obſ. DCCXXIX.*

Dos ſi repetatur, quaerimus an iure loci, in quo data eſt, an ſecundum leges domicilii maritalis? Reſpondeo, dos dependet a contractu matrimonii imo ſaepius ex vero pacto. In contractibus vero iura loci attenduntur, vbi celebrati ſunt; per Regulam tertiam.

Matrimonium quis in loco iniit, vbi communio bonorum vniuerſalis inter coniuges obtinet, ſed vxor bona habet in prouincia huius communionis ignara, an haec quoque bona in communionem veniunt? Videri poterant coniuges, cum matrimonium inirent tacite de portione ſtatutaria pepigiſſe, quoniam ſucceſſio coniugalis eſt quaſi acceſſoria matrimonii, adeoque omnia bona in communionem veniſſe per regulam tertiam probari poterat. Sed vſus fori contrarium induxit, vt ſupra *in Obſeruatione CLXXV. et Obſ. DCCLXX.* demonſtrauimus. Ecce egregie hanc rem illuſtrans Facultatis Iuridicae reſponſum quod inſignem dubitationem tollit, in ſucceſſione coniugum leges loci, vbi copulatio ſacerdotalis peracta, ſpectandas eſſe, quoniam ibi ſit locus contractus.

Erwirbt nach denen in England üblichen Rechten ein Ehemann nach ſeiner Frauen Tode deren gänzliches Vermögen. Da nun jemand der ſich in England mit einer gebohrnen Engländerin verbunden, ſamt denen aus dieſer Ehe erzeugten Kindern nach Sachſen zu wenden vorhabens iſt, ſo wird

> **Ob die Kinder nach der Mutter in Sachſen erfolgten Tode ſelbiger von dem ſo wohl nach Sachſen gebrachten oder daſelbſt erworbenen, als auch von dem noch in Engeland zurükgelaſſenen Vermögen einen Erbtheil zu fordern berechtiget ſey?**

geſez=

gesezmäsiger Unterricht begehret. Ob nun wohl was die in Engeland zurük gelassenen Grundstüke anlanget, kein Zweifel vorhanden, daß nicht solche dem Witber allein verbleiben müssen,

L. fin. C. vbi in rem act.
Decis. Elect. Sax. 54.
TIRAQVEL de Primogenitura qu. 46.

allermaasen nur die Intestat Erbfolge der beweglichen Güther, sich nach den Gesezen des Domicilii richtet. Und unter denen Eheleuten der Ort, wo sie getrauet, der Ort des Contracts zu seyn scheinet, indem zwar bey der Ehe hauptsächlich auf die Person, jedoch auch öfters gar sehr mit auf die Güther gesehen wird, also wenn man, daß die Ehe die Hauptsache sey, zum voraus sezet, die bekante Lehre eintrit: daß Neben Dinge allemal der Hauptsache folgen, und demnach ein beyläufiger Contract, als ein Zubehör und abhängiger Punkt, die Art und Eigenschaft des Haupt Contractes an sich nehme, als wovon er gleichsam nur eine Folge ist; Wie denn auch ferner bey allen Contracten auf den Anfang zurük zu gehen

L. 8. D. mandat.
L. 2. §. 1. D. de hered. vend.
L. 78. D. de verb. oblig.
L. 1. §. 13. D. de posit.

und nicht weniger gewiß ist, daß in jeglichen Handlungen man sich nicht nach den Rechten des wesentlichen Ausenthalts, sondern nach den Gesezen desjenigen Ortes richten müsse, alwo sie geschlossen und eingegangen worden

L. 6. et 48. D. de euict.
L. 1. C. de emancip.
L. 34. de reg. iur.

also wenn Mann und Weib, so in Ländern einander geehlichet, wo keine priesterliche Trauung üblich, nach Teutschland kommen, sie nichts desto weniger für wahre Eheleute angesehen werden und sich alhier trauen zu lassen nicht nöthig haben, aus welchen allen, daß auch in der vorgelegten Frage Engeland als der Ort, wo der Contract geschlossen, anzusehen sey, mithin als ob das vorher schon in Engeland durch die daselbst getroffene Ehe erworbene Recht durch Sächßl. Geseze nicht wieder genommen werden könte,

L.

L. 4. C. de emancip. liberor.

L. 2. §. 10. et 16. D. ne quid in euo. publ. a Sande lib. 5. tit. 2. Decis. 2.

CARPZ. P. 3. C. 4. def. 41. n. 8. et P. 2. C. 43. def. 11. n. 4.

vieler Anschein vorhanden, indem nicht zu leugnen, daß die Ehe die Erbfolge gewisser maasen nach sich ziehet, und wenn man die Sache genau zergliedert, Mann und Weib, die sich priesterlich zusammen geben lassen, stilschweigend mit einander folgenden Contract eingehen: Wir wollen einander auf diese Art, wie es alhier gebräuchlich beerben: und wenn man dieses zum voraussezet, desgleichen einmal volzogene Handlungen schwerlich wiederrufen werden können, so daß nicht der geringste Zweifel vorhanden, daß wenn die Englischen Eheleute nicht stilschweigend sondern schriftlich durch eine Ehestiftung einander etwas gewisses zugesaget hätten, es dabey schlechterdings sein Bewenden haben müste, und aber stilschweigenden Verträgen sonst eben die Kraft, als denen ausdrücklichen beygeleget wird; Ohn zu gedenken, daß der Vater seinen Kindern, wenn sie nach der Mutter Tode das Pflichttheil begehrten, etwa auch dieses entgegen sezen könnte, daß, weil sie zur Zeit ihrer Geburth kein Erbrecht gehabt, sie auch nach der Hand dergleichen nicht erlangen möchten, sondern sich damit begnügen lassen müssen, was ihnen der Geburths-Ort gebe oder abschlage.

Dennoch aber und dieweil Ehen nicht der Güther, sondern der Person halber, eingegangen werden und dieser Ursache halber der Rechtsgelehrte Ulpian L. 65. D. de iudic. sich also heraus läst: Nec enim matrimonium id genus contractus est, vt eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, sed eum in cuius domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura und wenn man auch gleich die Erbfolge als einen Anhang der Ehe betrachten wolte, doch dieser stilschweigende Contract ebenermaasen die stilschweigende Clausel in sich enthalten würde, wenn wir nehmlich auch an diesem Orte, wo wir uns trauen lassen, bis an unser Ende verbleiben und daselbst sterben werden, weil da die Ehe unzertrenlich und das Weib dem Manne folgen muß, sich der Fal gar wohl vorstellen lässet, daß die Ehegatten ihren Wohnplaz verändern könnten, also die stilschweigende Clausel rebus sic stantibus, eintrit, welche zuweilen alles verändert, auch bewegliches Guth gleichsam den Gebeinen, wie die Alten sich

sich auszudruken pflegten, den Contrahenten dergestalt anklebet, daß wo die Personen sind, auch ihr Fahrniß zu seyn geglaubet wird, hierbey aber allenthalben in Erwägung zu ziehen, daß die Erbfolge niemals als nach dem Tode sich ereignet, mithin nicht so wohl die Zeit und der Ort, wo die Ehe volzogen, als vielmehr die Rechte, welche in dem Lande oder Orte, wo der Hintrit aus der Zeitlichkeit erfolget, üblich sind, allermeist in Betrachtung kommen; und wenn gleich auch nur stilschweigend eingegangene Verbindungen, einseitig nicht abgeändert werden können, dieses doch mit beyder Contrahenten ausdrüklicher oder auch stilschweigender Einwilligung gar wohl geschehen mag, daher wenn die Engländerin sich nach Sachsen begiebet, sie hierdurch die Sächsischen Geseze annimt, folglich auch der hier unter Ehegatten eingeführten Erbfolge sich unterwirft, auch von einen schriftlichen Heyraths Contract auf die gesezliche Erbfolge der Ehegatten die Folgerung nicht abzuleiten, indem zwar ein Gesez durch ein anderes, oder eine Gewohnheit durch eine andere, nicht aber schriftlich eingegangene Pacta Successoria durch veränderte Geseze aufgehoben werden können, und in so weit eine ausdrükliche von einer nur erdichteten Einwilligung allerdings unterschieden, weil wo ein wahrer und wirklicher Wille vorhanden, der erdichtete aufhöret und Vermuthungen der Wahrheit weichen müßen, daß aber Kinder, wenn der Eltern Zustand sich ändert, bessere Rechte erhalten können, als sie zur Zeit der Geburth gehabt, sogleich daraus erhellet, daß auch die vor dem Ertheilten Adelbrief gebohrne Kinder ebenermaasen adelich werden, und ein Sohn, der eher erzeuget, als der Vater das Reich erworben, doch für den erstgebohrnen und Thronsfolger gehalten wird,

GROTIVS I. B. et P. lib. 2. c. 7. §. 28.
TIRAQVEL. de Iure Primogenit. Q. 31.
Idem de Nobilitate. c. 15. n. 7.

und wenn auch diese Entscheidungs Gründe annoch von gegentheiligen Zweifel etwas übrig laßen solten, selbige dennoch endlich und gänzlich zu heben dieses allein genug ist, daß nach durchgängiger nicht allein in Teutschland, sondern auch andern Orten eingeführter und herrschender Meynung wenigstens es auf solche Art in andern dem gegenwärthigen Falle gleichkommenden und ähnlichen Ereignißen es auf diese Art gehalten zu werden pfleget,

GAIL. lib. 2. Obs. 124.
MEVIVS Ius Lubec. lib. 2. tit. 2.

und dann nach Sachsen Rechte der Eheman nicht des Weibes Grundstücke wohl aber deren Fahrniß erbet, worunter auch ausenstehende Schulden begriffen,

arg. L. 15. D. de reg. iur.
CARPZ. P. 3. L. 21. def. 4. n. 7.

wenn solche auch gleich mit einer in Engeland versicherten Hypothek versehen wären,

HOMMEL Pertinenz Register *s. v.* Schulden.

und dahingegen die Grundstüke, so in Engeland zurük bleiben, dergestalt abgesondert bleiben, daß nicht einmahl die Kinder zur Vermehrung des Pflichttheils, in die ganze Summe des Vermögens solche mit einrechnen dürfen (Obs. CCXLVII.) und auf solche Weise, wenn darüber ein Rechts Streit entstehen solte, in hiesigen Dikasterien gesprochen werden dürfte;

So sind, wenn Eingangs erwehnte Eheleute nach Sachsen ziehen, deren Kinder so wohl von denen in Engeland zurükgelaßenen, als auch mitgebrachten mütterlichen Fahrniße, nicht aber von englischen Grundstüken, als welche dem Vater ganz allein verbleiben, das Pflichttheil zu begehren wohl befugt. V. R. W.

16 Tempus quo actioni praescribitur, cum alibi sit breuius, alibi longius, quaeritur: an iura loci valeant, vbi contractus ex quo actio nata, celebratus; an vero ad locum iudicii respiciendum sit? Respondeo, praescriptionem inter exceptiones esse, has vero ad procedendi modum referri, nec ad valorem contractus, sed ad tempus et locum actionis instituendae pertinere. SANDIVS *lib. I. tit. 12. def. 5.* adeoque secundum regulam quartam iura spectanda loci in quo iudicatur.

17 Contractus si in litteris celebratus, anne leges prouinciae in qua scriptae fuerunt, an eius ad quam mittuntur, inspiciendae? Respondet GROTIVS *de I. B. et P. lib. 2. cap. XI. §. 5. num. 3.* talem contractum solo iure gentium regi, sicuti et illum, qui in mari inter Hispa-
18 num et Germanum aut in deserta insula ineatur. Sed practici leges loci seruanda esse statuunt, vbi acceptatio secuta, quoniam in eo loco consensus vtriusque coniunctus fuit. *arg. L. 55. ff. de oblig. et act.* Defendi hoc posse existimo, quoniam promittens scriptum promissum reuocare

non

non potest, post alterius acceptationem, licet adhuc responsio sit in itinere, adeoque nondum promittenti de facta acceptatione constet. Videtur enim consummari contractus in loco, vbi acceptatio facta est, quia illic vtriusque consensus coiuit. Vide infra Obs. DCVIII.

Eodem modo etiam in iniuriis scriptis forum delicti non est locus vbi scriptae, sed vbi insinuatae WERNHER P. 7. Obs. 137.

OBSERVATIO CCCCX.

Vidua portionem statutariam accipiens mariti heres putanda.

Testati et intestati naturalis pugna non semper.

Ex odio illo implacabili, quo olim doctores in ius Germanicum fla- 1
grabant, factum est, vt nonnulli statuerent, viduam, cum non ex iure ciuili, sed statutario, portionem suam habeat, mariti heredem non esse, adeoque ob debitum eius pro rata nec conueniri nec agere posse,
sed debere suam portionem accipere ex manu heredis. Hoc cum plane 2
mirum sit, recte Facultas Lipsiensis, testante WERNHERO *P. I. Obs. 320. n. 7.* contrarium statuit. Possumus ne enim quenquam successorem singularem putare, qui quotam vniuersae hereditatis partem accipit et pro sua rata in vniuersa eius iura succedit. Certe heredes praetorii easdem actiones, quam successores legitimi habent. Est vero 3
omnis successio vel vniuersalis vel particularis, tertium genus non datur. Adeoque cum non rem singularem, sed quotam vniuersitatis iurium vidua capiat, non legataria, sed heres dicenda erit. STRYK *Suc-* 4
cess. ab intestat. D. 8. c. 5. num. 28. seq. Si forte elabaris et viduae successionem comparandam praetoriae bonorum possessioni statuas, sane et bonorum possessores plane heredes et vniuersales successores esse, constat. Sed abeat illa ad suos Quirites bonorum possessio. Nostris moribus nihil interest, successio vtrum ex statutis aut iure prouinciali, an ex lege deferatur? Nonne leges prouinciales et statuta leges sunt? Innuimus supra *Obs. LXXXIV.* et ostendemus fusius alio tempore, portionem statutariam suam originem debere Nouellae *117. c. 5.* quae

partem hereditatis inopi coniugi tribuit Atqui huius partis HERES vidua dicitur clarissimis verbis laudatae nouellae *cap. 6. §. 1.*

Igitur vidua portionem statutariam accipiens nec mariti facta impugnare potest. Habet vero ea res minorem dubitationem, si heredes mariti cum vidua simul agant atque sic ipsam, quemadmodum vt plurimum fieri solet, cohaeredem agnoscant; aut etiam si contra ipsam tanquam cohaeredem agatur, atque illa nihil excipiat. Deinde, viduam portionem statutariam accipientem mariti heredem putari etiam docet vsitata collegiis pronunciandi formula in Flauio Germanico obveniens: Daß Beklagte, ob sie ihres verstorbenen Ehemannes Erbin zu werden gedenke, oder an ihren eingebrachten Gütern sich begnügen lassen wolle? sich zu erklären schuldig. Item: Dieweil Beklagte, daß sie nach ihren Einbringen greifen wolle und ihres Ehemannes Erbin zu werden nicht gemeinet, sich erkläret rc. Consentit LEYSER spec. 425. medit 2. Quaero ex iis, qui viduam negant heredem esse, anne si inuertamus casum, eadem ratione negaturi sint, maritum mobiliarem hereditatem capientem, heredem esse? Is vero, dixerint, heres est: vtraque portio ex iure statutario. Ergo, o boni! et vidua. Ecce sic colligo: Ad quem pars totius patrimonii, vel vna vncia peruenit, is vniuersalis successor, adeoque heres est, adeoque aduersus eum pro rata actiones dantur. Videmus quotidie inter petitores admitti viduam, si nempe ipsa contra mariti debitores agant, cur non eadem ratione et vidua creditoribus respondere cogatur, si aduersus ipsam et liberos creditor agat? At, inquis, illata conferre tenetur si heres esse velit? Quid tum? Sane et liberi conferre tenentur. Itane ergo liberi heredes non sunt? Haec collatio illatorum mera conditio est, sub qua heres esse possit, sed heredis qualitati non praeiudicat. Deinde cum constitut. Electorali 20. P. 3. dicat nach Abzug aller Schulden, vel ex his verbis patet ipsam portionem statutariam pro aere alieno non reputari. Nonne ergo viduam, sin inuestituram relictorum immobilium pro tertia vel quarta parte a magistratu petat, eam admittamus. Cur non? Vnum tamen in hac Germanorum statutaria portione singulare obuenit, vt efficiat maritum, si praeterita vxore alios heredes scribat, pro parte testatus pro parte intestatus decessisse videatur. Respondeo hanc anomaliam nostro tempore haud raram esse et oriri ex misera iuris Germanici

et

et Romani mixtura. Sane in Codice Fridericiano haec tota regula, *Neminem pro parte teſtatum etc.* in Germania abrogatam putari, vnde in Marchia in paganis aeque ſe habet, quam ſi apud Romanos miles pro parte quadam heredes ſcripſiſſet. Subintelligitur ſcilicet noſtris moribus, vidua pro ſua ſtatutaria portione inſtituta, licet teſtamentum de illa ſileat. Quaero an caſu inuerſo vxor immobilia poſſidens ſuper his teſtari poſſit? Poteſt, ais. Ergo vide et hic exemplum vbi teſtamentarius heres cum mobiliari herede marito hereditas diuidatur, teſtatique cauſa cum cauſa inteſtati permiſceatur. Alia dubitatio. Scripſit maritus duos heredes. Viduae portio ſtatutaria relicta ſi vnus cohaeredum moriatur, viduae nihil accreſcit, ſed heredi. Ergo inquiunt, vidua non heres eſt. Hoc plane nihil eſt. Ius adcreſcendi enim tantum heredibus *Coniunctis* competit. Ecce filius in minima re heres inſtitutus, cui duos cohaeredes teſtator adiunxerit, ſi ſuppletoriam actionem inſtituet, legitimam conſequitur nec ei quippiam ex cohaeredis morte adcreſcit. Cum ergo vidua condominium habeat ſequitur vt etiam fundorum pro ſua parte inueſtituram petere teneatur.

OBSERVATIO CCCCXI.

Si quis per epiſtolam tibi quid mandat, tu vero non reſpondes, mandatum non contrahitur.

Qui tacet, diſſentire videtur potius quam conſentire.

Aſſeſſor iudicii poteſt impugnare actus ipſo praeſente ſuſceptos.

Defendit contrarium in Iure Naturali §. 729. WOLFIVS atque ſi is, I
cui in epiſtola quid mandauerim, non reſponderit, hunc ſuſcepiſſe mandatum exiſtimat, quoniam, qui tacet, cum diſſerendum ſit, ipſi conſentire videtur. Haec ratio curta quidem, ſed parum idonea. Debuiſſet enim philoſophus demonſtrare, hoc caſu neceſſariam reſponſionem eſſe. Videamus, an hanc demonſtrationem adiuuare et quaſi ſupplere poſſimus, ſi dicamus: iure naturali officium eſſe humanitatis

quaerenti reſpondere. Adeoque ſi officium ſit, neceſſarium videri, vt qui nolit mandatum ſuſcipere diſſenſum in literis ſignificet, adeoque reſpondeat. At vero concedo quidem iure naturali officium eſſe quaerenti reſpondere, ſed tunc demum, ſi hoc absque meo incommodo fieri poſſit. Quid ergo, ſi occupatus ſim? Ego ſane non video, quando ſit neceſſarium loqui. Nam ſi dicere velis officium eſſe neceſſarium interroganti reſpondere, ſemper, qui tacet conſentiens videbitur, quod tamen plane falſum et L*egi 10. ff. de interrogat. in iure fac.* contrarium, vbi, ſi taceat interrogatus, perinde eſſe dicitur, ac ſi non eſſet interrogatus. Itaque mihi ſemper, qui tacet, hoc eſt, nullo neque verbo neque alio ſigno, ſuam voluntatem declarat, diſſentire potius quam conſentire videtur, L. 11. §. 4. et 5. ff. de interrogat. quamuis ſi recte perpendamus, neutrum faciat et ſic plane nihil agatur. *cap. 44. de reg. iur. in 6to.* L. *1. §. 3. ff. de tributor. act.* Eſt enim tacere medium quoddam inter confiteri et negare, adeoque quoddam inexplicabile Nihil. Si vicino dicam: Visne mihi pro mille thaleris tuas aedes vendere? atque is taceat, an vendidiſſe videbitur? Ac ne in fauorabilibus quidem tacens pro conſentiente habetur: vt ſi alicui ſcripſerim, donabo tibi centum, ille vero non reſpondeat, nihil actum eſt, quoniam donationes quoque acceptatione indigent. Imputet donatarius ſibi, quod non reſponderit, cum poſſet. Certe ad aliquem obligandum, taciturnitas pro conſenſu non habetur. L. *5. ff. de ſeruitut. praed. urban.* Immo illi ipſi qui pro conſentiente habent eum qui non contradicit hoc regulae addunt: *vbi loqui debuiſſet.* Haec clauſula fere inutilem regulam facit, quia plerumque hoc: an loqui debuiſſet? dubium manet. Condonandum etiam ſubditis ſi praeſente principe aut colonis, ſi praeſente praefectu non obloquantur, quoniam hoc videntur ex modeſtia feciſſe et reuerentia. Res eſt maximi momenti, quam ſuſcipio, regulam hucusque fluctuantem certa in baſi ſtabilire. Nempe qui tacet, h. e. neque nutu neque alio ſigno voluntatem exponit, ſemper habendus eſt pro diſſentiente, niſi leges expreſſae exceptionem miniſtrent. Talis exceptio erat olim in ſponſalibus, vbi propter matrimonii fauorem, tacentes conſentire putabantur; quod quoniam reuerentialis metus erga parentes puellas ſaepe mutas facit, hodie non amplius obſeruatur, vt ſupra *Obſerv.* LXXI. demonſtrauimus. Secunda exceptio eſt, ſi vltra taciturnitatem interuenit actus aliquis poſitiuus, vt ſi cohaeres prae-

dium

dium commune vendiderit, tacente cohaerede, hic vero deinde dimidium praetii accipiat, ipſe vendidiſſe videtur. L. *12. ff. de euict.* At ſi recte perpendamus, haec non eſt exceptio regulae, ſed potius cohaeres ille, eo, quod accipit, loquitur. Eodem modo ſi quis ſcienter recipit inſtrumentum, quo conſtituitur procurator, obligationem mandati contrahit. Solae litterae, vt ſupra dixi, non ſufficiunt. Nam hae ſermo quidam ſunt, cui reſpondere non teneor. Si autem hiſce litteris ſimul inſtrumentum ſeparatim iunctum fuerit et ſolenne mandatum, ſi non reſpondeam, procurator ero. *Clement. 1. de Procurat.* Plane vt in ſponſalibus, licet hodie, vt dixi, ſilentium non obliget, tamen ſi virgo tacens ſimul annulum accipiat, iam non amplius tacuiſſe, ſed hoc ſigno locuta videtur. Praeter has non noui alias exceptiones, ſed ſemper qui tacet diſſentire videtur. Inprimis ſi aliquid de ſuo iure tacens remiſiſſe dicatur, quod nunquam praeſumitur, quoniam omnes renunciationes diſſertis verbis opus habent, vtpote ſtrictiſſimae interpretationis. *vide infra* Obſ. DLXXII. in qua diximus eſſe inter velle et nolle intermedium adde etiam Obſeruationem DCXVI.

Nuper cum ſcultetus aſſediſſet iudicio, vbi emtori praedium, in quo ſculteto eidem ius protimiſeos competebat, tradebatur, nec tamen hic quicquam monuiſſet, deinde vero nihilominus contra venditorem ageret, menſe Februario 1767. reſpondimus, ſilentium ſculteto non nocere, cum forte cogitare potuerit, ius ſuum ſemper durare, et quoniam in hoc actu iudicem et teſtem magis, quam priuatum egit. CARPZ. *P. 2. conſt. 31. defin. 1. n. 1.* Nam qui ſuſtinet duplicem perſonam, non cogitur, vtramque ſimul induere. *Vide ſupra Obſeruationem CCLXXXV. et CCCCIX.* et infra Obſeruationem DCXVI. in qua dubitantem neque ſcire neque neſcire defendimus. 3

OBSER-

OBSERVATIO CCCCXII.

Quomodo rapina a robbaria, haec a latrocinio, atque ſingula a furto qualificato et viae obſeſſione differant.

In rapina poena gladii non obtinet, ſi magis aſtuta fuerit quam violenta.

1 Si quis alteri in via pileum inopinanti detrahat, non eſſe rapinam, ſuperius *Obſ. CXXXVIII.* diximus. Recordor tamen anno 1757. in collegio noſtro Schumannum quendam gladio punitum fuiſſe, qui alteri incitatius equitanti, vt etiam equo deiiceretur, attamen habenam in manu retineret, hanc leui ictu e manu excuteret, et arrepto equo, eoque conſcenſo, ſe proriperet. Hoc nimis rigidum mihi videbatur, nec velim id vnquam in exemplum trahi. CARPZOV. *Prax. Crim. qu. 91. num. 2. ſeq.* Si definitionem in Inſtitutionibus traditam prae oculis ponas, videri quidem poterat, hanc habenae excuſſionem rapinam eſſe, quod non clanculam ſed palam facta erat. Sed apud Romanos raptores non capitalis poena manebat. Hodie, vt gladius locum ſibi vindicet, maior vis requiritur. Vltra fuſtigationem igitur in hoc exemplo non progrediendum puto, quoniam magis aſtu, quam vi perpetratum, vt ſtellionatus crimini ſimilius videatur, quam rapinae.

2 Eſt autem res admodum ardua fines rapinae et latrocinii itemque furti qualificati diſtinctius regere. Nempe in his omnibus vis adeſt. Igitur ante omnia eam definiamus. Vis eſt maioris rei impetus, cui
3 reſiſtere aut plane non aut difficulter poſſis. Vis publica armis, quibus etiam baculum annumeramus, infertur; Vis priuata eſt, quae ſine armis fit v. c. manus vinciendo, os obſtruendo, genua pectori applicando, gulam obtorquendo. Minae mortis et verberum ad *vim publicam* referuntur, ſi arma oſtenſa: ad *vim priuatam*, ſi ab inermi prolatae. CARPZOV *P. Crim. qu. 90. n. 66. ſeq.* Item pugnis et vnguibus facta, vis priuata eſt. His poſitis, RAPINAM dico, ablationem lu-
4 cri faciendi cauſa per vim priuatam, cuius poena eſt gladius. *Conſtit. Crim. art. 126.* Si vero per vim publicam aliquid ablatum atque forte etiam

etiam homo vulneratus neque tamen occisus est, id delictum dicitur
ROBBARIA, quam latine *rapinam qualificatam* dicere possis, vbi ra- 5
ptoris corpus decollatum adhuc rotae imponitur, nempe iure commu-
ni, nam de Electorali Saxonico breui dicemus. Tandem cum non so- 6
lum vi publica, id est, armis aliquid ablatum, verum simul etiam ho-
mo occisus fuerit, id LATROCINIVM vocatur, cuius poena
crurifragium. Ab his omnibus differt FVRTVM QVALIFICA- 7
TVM, quoniam robbaria et latrocinium in via, furtum qualificatum
autem vi quidem publica nempe armis committitur, attamen in aedi-
bus, vt verba? in seine Behausung indicant, obuenientia *in Constit.
Crim. art. 159. Vide plura superius Obs. CI. XLVII. et CXXXVIII.*
In Saxonia Electorali die 27. April. 1762. sequens rescriptum ad dica-
steria emanauit: Wir begehren: daß bey Einbrüchen und Räubereyen, wel-
che von Rotten mit Ausübung vieler Gewalt an den Beraubten durch peini-
gen, schlagen, verwunden und dergleichen begangen werden, auf die Strafe
des Rades, wo aber keine sonderliche Gewalt ausgeübet worden, auf die
Strafe des Stranges, und wenn ein Raub von keiner Bande oder Rotte un-
ternommen worden, auf die Strafe des Schwerds nebst Flechtung des Kör-
pers auf ein Rad, erkant werde. Caeterum a raptore distat, qui homi-
nem per insidias quidem, sed sine lucri cupiditate necauit, cuius poena 8
gladius, et dicitur hoc delictum VIAE OBSESSIO.

OBSERVATIO CCCCXIII.

Exceptio: per me non ſtetit, attendenda in teſtamentis, non in contractibus.

Qui promiſit tertium quid facturum eſſe, ſi tertius non faciat, fruſtra promittens exceptionem, per ſe non ſtetiſſe, opponit.

Poenitentiae, etiam hodiernis moribus, in contractibus innominatis non raro locus eſt.

1 Ignorare Germanos contractuum nominatorum et innominatorum diſtinctionem nec in his poenitentiam locum habere, WERNHER *P. 2. Obſ. 380. num. 45. ſeq.* STRYKIVS *Vſ. Mod. tit. de condict. cauſ. dat. §. 3.* BERGER *in Oeconomia Iuris lib. 3. tit. 6. §. 6. not. 3.* exiſti-
2 mant. An recte? alii viderint. Eſto autem; ponamus pragmaticorum rationem veriſſimam eſſe, nihilominus tamen vel ſic iuris Romani doctrina obtinebit et poenitentiae tunc ſaltim locus erit, quotiescunque aliquid dedi, vt intra certum tempus aliquid faceres, nec feciſti. Item ſi ei, qui accepit, impoſſibile eſt, promiſſa facere; v. c. ſi dederim tibi mille, vt ſororem meam in vxorem duceres, haec autem nuptias recuſauerit, tunc non dubium, quin nummos datos repetere liceat. L. 7. §. 1. *ff. de condict. cauſ. dat.* L. *vlt. ff. eod.* Obſtans enim *Lex 10. C. de condict. cauſ. dat.* tanquam Reſcriptum, non debet generaliter accipi, ſed de ſingulari caſu intelligi, vti ſapienter STRVVIVS *Exercit. 18. th. 11. ſeq.* notauit. Adde MENKENIVM in *Pand. tit. de condict. cauſ. dat. §. 3. in fin. et ad tit. V. O. §. 18.* Hodie enim tunc
3 demum modus vel conditio extitiſſe fingitur, ſi non per eum, qui promiſit, ſed magis *per ipſum aduerſarium* ſtetit, quo minus impleatur. L. *161. ff. de reg. iur.* L. *50. ff. de contrah. emt.* CARPZOV. *P. 1. Conſt. 12. Defin. 38. num. 5.* Niſi enim ipſius petitoris culpa factum ſit, quo minus modus impleatur, fruſtra reus exceptionem: Per me non ſtetit, opponet. Videtur enim promiſiſſe: ſe curaturum vt Tertius faciat, quo caſu adigitur ad promiſſum praeſtandum, ſique non poſſit,

ad id quod intereſt. Nec obſtat §. 3. *I. de inutilib. ſtipul.* quia ibi de ſtipulationibus non de pactis, itidem de puris ſtipulationibus non de conditione: ſi tertius quid fecerit vel dederit, agitur. Aliter in vltimis voluntatibus L. *31. L. 3. L. 23. ff. de condit. et demonſtr.* vbi conditio pro impleta habetur, non in contractibus MEV. *P. 8. Deciſ. 318.* Si tertius impediat, aeque minus prouocari poteſt ad exceptionem per me non ſtetit. Sic ſtuprator, ſi ſtuprata ipſi nubere velit, ſed pater ſtupratae deneget nihilominus dotare tenetur. Dominus mihi feodum promittens, tenetur praeſtare, etiamſi poſſeſſione rei promiſſae ſine ſua culpa exciderit, et vendens tenetur ad praeſtandam vacuam poſſeſſionem licet alius poſſideat. Nec obſtat *L. 27. §. 1. ff. de rei vind.* vtpote quae de reali non perſonali actione agit. An liberetur, ſi promittens actionem contra praedonem qui rem promiſſam rapuit, velit cedere emtori, disquirit ROSENTHAL *de Feud. cap. 12. concl. 12. num. 26. 27.* Vna tamen vbi exceptio per me non ſtetit, attendatur mihi nunc ſuccurrit, ſi ſcilicet promittens per praeceptum de non ſoluendo a iudice iniuncto impediatur. Item reuocato ab altera parte pacto, 4
ſiue tacite v. c. contrauentione, quae pro reuocatione habetur; ſiue eo expreſſe reuocato, mihi quoque recedere licebit. *L. 14. C. de transact. Cap. 38. de reg. iur. in 6to.* Item donatio ſub modo reuocatur ob non adimpletum modum. *L. fin. C. de reuoc. don.* BÖHMERI *Conſult. Tom. 2. P. 2. Reſp. 912.* Caeterum petitorem alternatiue his verbis: aut imple promiſſum aut excepta reſtitue, agere poſſe, nemo dubitabit. STRYK. *Caut. Contract. Sect. 3. cap. 7. §. 22.*

Ratio autem, quare pragmatici a iure Romano receſſerint, et 5
nullam vnquam in contractibus innominatis poenitentiam ſtatuerint, me ſemper latuit, nec conciliare poſſum, quae de ea re effundunt. Audiamus praeclaras eorum, ſi diis placet, rationes, quas ad vnum fere omnes his verbis efferunt: *Cum poenitendi facultatem*, inquiunt, *ideo daret ius Romanum, quia in contractibus innominatis is, qui nondum ex ſua parte contractum adimpleuerat, alterum tantummodo ex nudo pacto obligatum habebat, hodie autem omnia pacta, etiam nuda, producant obligationem validam, repellendum eſſe petitorem re adhuc integra condictione cauſa data cauſa non ſecuta repetentem, exceptione oppoſita: Adhuc implebo.* Quid iſtud rei eſt? Certe verba audio ſine ſenſu. Nam apud

Romanos nuda pacta, etſi nullam actionem, tamen EXCEPTIONEM
producebant. *L. 7. §. 4. ff. de pact. L. 21. C. eod.* Itaque in hisce in-
nominatis contractibus et iure Romano potuiſſet reus dicere: Implebo.
Cum autem hoc dicere non potuerit, in promtu eſt, plane falſam eſſe
a pragmaticis allatam rationem, et cauſas fuiſſe longe alias, quas alio
tempore pandam, quare apud Romanos promiſſum, vſque dum alter
non impleuiſſet quod viciſſim promiſerat, reuocari poſſet. Nunc mihi
ſufficiat, oſtendiſſe, pragmaticorum rationem, quare hodie poeniten-
tiam h. e. facultatem recedendi ab eo, quod conuenerat, ſi alter mo-
ras nectat nec a ſua parte contractum impleat, praefracte denegant,
plane falſam et erroneam eſſe. Habiturus enim fuiſſet iam priſtino
Romanorum iure reus actione conuentus vtique actorem ob cauſam
non ſecutam data repetentem ex pacto nudo obligatum, quia pacta nu-
da exceptiones validas producebant. Nihilominus tamen is poterat
6 poenitere. Nam et naturali iure fidem non ſeruanti nec fides habenda
eſt. *cap. 75. de reg. iur. in 6to.*

OBSERVATIO CCCCXIV.

Si praeter cambium hypotheca constituatur, etiam in hypotheca vsurae 6. pro 100. permissae.

In cambio 6. pro 100. vsurarum nomine accipere permissum, in hy- 1
potheca vero illicitum. Si autem praeter cambium etiam hypotheca pro eodem nomine caueat, quoniam haec pactum est quasi accessorium, sequitur hypotheca naturam cambii, vt Principis potentissimi ad Facultatem Iuridicam rescriptum indicat: Hochgelahrte, liebe Getreue. 2
Nachdem Zweifel entstanden, ob, wenn ein Creditor von dem Capitale, worüber ihm, auser dem erlangten Consens, eine Wechselverschreibung ausgestellet worden, 6. pro Cent Interesse genommen, auf Kürzung des 6ten Zins Thalers und Bestrafung des Gläubigers, um so viel, als er über 5. pro Cent erhalten, zu erkennen und also die Disposition des Mandats wider die Banqueroutirer §. 2. auf diesen Fal zu ziehen? So haben wir uns, diese Frage hierdurch dahin zu entscheiden, entschlossen, daß wenn über einer Schuld ein Wechsel ausgestellet, jedoch auch, mehrerer Sicherheit halber, dem Darleiher ein unbewegliches Grundstük zum Unterpfand verschrieben, und in die Hypothek Lehn- und Landesherlicher oder auch gerichtlicher Consens erlanget worden, der Creditor den nach dem Mandate vom 19. Martii 1704. erlaubten 6ten Zins Thaler füglich nehmen könne, und oberwehntes Mandat wider die Banqueroutirer hierauf keinesweges zu erstreken sey; Begehren dannenhero, ihr wollet, wenn in dergleichen Fällen und Sachen Acta in Unsere Juristen-Facultät bey euch zum rechtlichen Vorspruch übersendet werden, euch im Sprechen darnach achten. Daran geschiehet Unsere Meynung. Datum Dresden, den 22sten April Anno 1747.

Opus tamen est, vt cambium suis temporibus prolongetur. Nam 3
tempore solutionis praeterfluxo nec prolongato cambio, tantum Interesse morae adiudicatur. Vide tamen Obs. XCI.

An hypothecaria actio et cambialis simul institui possit? dicemus infra.

OBSERVATIO CCCCXV.

Si quid vicini detrimento aedificatum ſit, id demoliendum, etſi ab initio nouum opus non fuerit nunciatum.

Nuptiae inter fratrem et ſororem ſemel initae inuitis iis non diſſoluendae.

1 Quotiescunque a vicino aduerſus aedificantem iam perfecto opere agitur, is illico: cur fieri ſiuiſti, cur opus nouum tempeſtiue non nunciaſti? excipere ſolet. Quaſi demolitionem nemo petere poſſit, qui, cum videret et ſciret ſic aedificari, mature non contradixerit. Sed reſpondeo: opere iam conſummato *Interdictum* quidem ex noui operis nunciatione ceſſare, ſed Petitorio ſemper locum eſſe, aut alio interdicto. *L. 1. §. 1. ff. de nou. op. nunc.* LEYSER *Spec. 426. med. 7.* Nempe interdictis, qualis eſt noui operis nunciatio, tantum de poſſeſſione, non de iure, contenditur. Itaque ſi quis nunciationem omiſerit, tamen ei petitorium ſaluum.

2 Alia quaeſtio: an publice expediat conſummatum iam opus demoliri? Immo expedit, quia quod ſua culpa aedificans damnum patitur, ſentire non videtur, nec iuris regula patitur, cuipiam ius ſuum ob publicam, neſcio quam, cerebrinam vtilitatem eripere. MEVIVS *ad Ius Lub. P. 3. tit. 12. art. 1. n. 12.* Nam quod de tigno iuncto ſcriptum, tunc ſaltim obtinet, vbi ſine totius aedificii ruina et enormi aedificantis damno id ſeparari nequit. Deinde cum tignum ſit res fungibilis, cui ſine accipientis damno rem aliam eiusdem generis ſubſtituere poſſumus, hoc leue damnum praetor non curat. MEVIVS ad *Ius Lub. lib. 3. tit. 12. art. 7. n. 41. ſeq.* At ſi maius vicini damnum ſit, et tale, quod aeſtimationem certam non recipit, non probo a quibusdam nimis inconſiderate traditum canonem: multa iam facta tolerari, quae ab initio fieri non permiſſa fuiſſent, et interdum contractum non dirimere, quod impedit contrahendum *cap. 25. X. de iureiur. L. 1. §. 5. in fin. ff. de poſtul. L. 27. L. 65. ff. de ritu nupt.* vnde matrimonium inter fratrem et ſororem bona fide initum non diſſolui *cap. un. X. de conſanguin.*

ſanguin. L. 57. §. 1. ff. de rit. nupt. CARPZ. *Iurisprud. Eccleſ. lib. 2. def. 99. et P. 4. Conſt. 23. def. 11.* SCHILTER *Inſtit. iur. Can. lib. 2. tit. 10. §. 29.* MVSAEVS *de Coniug.* NIEMEYER. Immo Carpzouius in laudato Definitionum eccleſiaſticarum opere hoc non ſolum de nuptiis inceſtis bona fide initis et putatiuo matrimonio probat, ſed etiam de voluntario, ita tamen vt poena inceſtus ſed valde tamen ea ob honorem matrimonii moderata, obtineat, cui penitus ſubſcribo. Nam ſanguinis confuſione iam per primum concubitum facta et pudore naturali ſemel rupto, futuri coitus non amplius inceſti, DEDEKEN. *Sect. 1. tit. 2. n. 7.* quia inter easdem perſonas inceſtus plus vna vice non committitur. vide infra Obſ. DXXIX. Ipſe Lutherus tolerauit matrimonium cum filia quam quis ex matre ſua conceperat, quod exemplum, cui non aliud par erit, ex Commentario eius in Geneſin c. 36. p. 540. huc transſcribam: *Erphordiae puella quaedam ex honeſta familia, et pudica, cuidam ſeruiuit diuiti mulieri viduae. Eius filius adoleſcens captus forma et amore puellae, ſollicitauit eam ad concubitum. Indignum facinus auerſans puella (vt honeſtam decet) aliquoties a ſe repulit adoleſcentem furioſum. Denique cum quotidie magis magisque inſtaret, et in iſto illicito inſtituto perſeueraret, puella rei indignitate impulſa, vt famae conſuleret ſuamque pudicitiam a ſumma infamia vindicaret, matri rem ordine narrat, monetque, vt filio ſibi inſidias ſtruenti frenum iniiciat. Mater re deliberata, init rationem cum puella, iubetque in filii amorem conſentire, et certam horam qua conuenire, et rem perficere tutiſſimum videretur, conſtituere. Se enim eo ipſo tempore conſtituto, eius occupaturam lectum et hac occaſione filium tam indigna conantem repreſſuram. Conſilium probat puella, init pactum. Filius hora noctis praefinita adeſt, petens ex pacto concubitum puellae. Mater, quae antea filii furores hac arte cohibere, ac frenare conſtituerat, victa libidine et inſtinctu diaboli, filio proſtituit corpus. Naſcitur ex indigno et inceſtu concubitu foemella, quam expoſitam, et ab aliis educatam, mater tandem ad ſe recepit mota affectu materno. Idem filius harum rerum omnium ignarus, et hanc amare coepit, ſibique vxorem dari poſtulat. (vbi naturae vis?) Mater in ſummis anguſtiis conſtituta dehortatur filium, et reluctatur, quantum poteſt, cupiditati illicitae. Ille inuita et repugnante matre, dat fidem puellae, ducitque eam in vxorem. (Nam eo tempore vſitata et rata erant clandeſtina ſponſalia.) Poſt nuptias mater dubia, et deſperabunda ſibi ipſi vult adferre manus violentas, agitur enim de inceſtu,*

qui fieret inter coniuges singulis noctibus, nec poterat coniugium dirimere. Cum autem sola conscientia esset, nec sola posset sustinere amplius dolorem et angustiam animi, accedit confessorem, negotium exponit, et petit ab eo consilium et consolationem. Ille incertus et attonitus atrocitate rei, non habet quod consulat. Itaque Iureconsultis idem casus offertur, hi quoque de Iure ambigunt vt in casu inusitato, et censent comittendum esse diuinae bonitati. Verum id non satis erat, nec dum liberata erat conscientia a dubitatione et desperatione. Tandem ad Theologorum collegium defertur res, hi optimam sententiam tulerunt. Primo quaerebant, an sciret filius coniugem suam esse matris filiam conceptam ex suo sanguine. Mater negauit eum id scire. Solus Deus, inquit, et ego conscia sum, nec puella vxor filii nouit, se mariti esse sororem. Deinde interrogabant an esset bonum coniugium, et quomodo inter eos conueniret. Optime inquit. Decreuerunt ergo adflictae conscientiae matris absolutione consulendum esse. Filio autem matrimonium iam diu sponsalibus, ac solennitatibus nuptiarum copulaque carnali confirmatum, concedendum. Matrem enim esse vnicam personam, quae non posset probare rem et secutura ingentia mala distractionem coniugum. In poenalibus, inprimis talibus, bonae fidei initiati, vix quicquam nocebit mala fides superueniens. Nec viuimus amplius in iis temporibus, quibus pontifices et monachi philosophari prohibebant. Haec autem omnia in solo matrimonio vera puto, quia partibus consentientibus nemo laeditur. Caeteroquin autem, si quis per factum illicitum detrimenti quid percipiat, rescisso facto ius suum cuique etiam cum magno laedentis incommodo, tribuendum erit. Nec miseratione dignus, qui friuole alios ac nimis proterue decipere et iure suo fraudare studuit.
3 Ita Facultas Lipsiensis mense Ian. 1768. amplissimo Senatui liberae ciuitatis Francofurtanae respondit: Obwohl Beklagter allenfals sich zu einer Entschädigung erbiethet, da es denn das Ansehen gewinnet, als sey er hierzu um deswillen allerdings zu lassen, weil in Bausachen je zuweilen etwas, nach bereits volendetem Werke, eher geduldet wird, als vor dessen Anlegung erlaubet worden seyn dürfte, sintemalen schon fertige Gebäude mit des Bauenden unverwindlichen Schaden zu verwüsten, bedenklich fället:

4 Dennoch aber und dieweil, wenn die Untersagung des neuen Baues nicht gleich anfangs beschehen, zwar hernach das Interdictum ex noui operis nunciatione, als welches lediglich auf einen gegenwärtigen Be-

sitz

siz sich gründet, hinwegfället, hingegen aber auch nach volbrachtem Werke noch allemal das Petitorium übrig bleibet, und in solchem auf die Abtragung erkant werden muß, da was vom tigno iuncto, als einer re fungibili, in denen Rechten zu befinden, auf solche Fälle, die keiner Würderung unterworfen, und davon man folglich nicht so leicht, als von einem Balken oder Steine, den doppelten Werth erstatten kan, keinesweges sich erstreket, wie denn auch Beklagter, um Klägern zu befriedigen, nicht etwa ein ganzes Gebäude mit unverwindlichen Schaden und gänzlicher Zerrüttung niederreißen, sondern nur ein Geräm̃se hinweg schaffen darf 2c. Obiter addo: causam aedificandi probabilem habenti oblata cautione de demoliendo, vt pendente lite in nouo opere pergat, facile permitti.

OBSERVATIO CCCCXVI.

Stuprator non cogendus alimenta in nummis praebere, si infantem ipse in sua domo educare velit. Stuprata si mortua, spurius est in potestate aui.

Auriga puellam compresserat. Hac mortua infantis maternus auus alimenta a stupratore cum peteret, affirmabat reus stuprum, sed alimenta in nummis praestare recusabat, se ipsum enim velle educationem procurare et puerum in suam domum recipere. Insuper reus, prima specie satis liberaliter, se per rescriptum principis legitimaturum esse filiolum, vltro offerebat. Ad haec auus infantis sequentia reponebat: Mit der Ehelichmachung habe Beklagter schon lange sein Spiel getrieben, und solche versprochen, sähe auch schon, wohin es abzielete, nehmlich, weil er, der klagende Großvater, alt würde, und Beklagter dadurch sein weniges Vermögen zu erlangen hoffete; es würde aber kurz und gut aus dieser Ehelichsprechung nichts werden, weil man kein Hurkind wider Willen legitimiren könne. Nouell. 89. cap. XI. Er als Großvater würde solche nicht verstatten, auch bewirke die legitimatio per rescriptum principis keine väterliche Gewalt und Beklagter bliebe, wenn auch selbige erfolgen solte, nichts destoweniger noch allemal bloß ein natürlicher, nicht aber rechtmäßiger Vater. Vielmehr habe Kläger, als Großvater des Kindes, weil er die väterliche

(Margin: 1 beside first line of paragraph; 2 beside "nebat: Mit der Ehelichmachung ...")

Gewalt über seine verstorbene Tochter gehabt, auch solche väterliche Gewalt über deren nachgelassenes uneheliches Kind. §. 3. Instit. de patr. pot. Er brauche sich nicht als Vormund des Kindes aufzuführen, sondern er klage in großväterlicher Gewalt. Es komme also auf ihn an, wo er das Kind erziehen lassen wolle. L. 1. ff. vbi pupill. educ. Ein anders wäre Unterhalt darreichen, ein anders wirklich erziehen. Beklagter begehre etwas, so dem Herkommen und Gerichtsbrauche zuwider, sintemalen bey solchen Schwängerungs-Sachen das Erkentnis allemal dahin: Daß Beklagter das mit Klägerin erzeugete Kind jährlich mit zwölf Gülden zu unterhalten schuldig, auszufallen pflege. Was würde sich dieser arme Wurm, so noch kein Jahr alt wäre, bey Beklagtens Eheweibe für eine Wartung zu getrösten haben? Ein Großvater werde wohl ehe sich des unschuldigen Kindes annehmen, als eine Stiefmutter, die solches, (da es noch dazu des Mannes ihr anfangs verschwiegenes Hurkind sey,) natürlicher Weise nicht für Augen würde leiden können. Wie dürfte es selbigem ergehen? Es würde gewiß mehr Stöße und Schläge als Bissen Brod bekommen, länger in seinen Unflathe liegen müssen, als es gereiniget und auf dem Arme getragen werden dürfte, also müsse es in kurzen entweder versiechen und sterben, oder doch gewiß ein Krüpel bleiben. Klagender Großvater gräme sich, wenn er das sich vorstelle und könne nach Gewissen solches nicht zugeben, vielmehr bitte er fußfällig, dem Kinde das Leben, ihn selbst aber von bevorstehender Schwermuth zu retten: Es beruhe ja nach MENKENS Berichte ad Pand lib. 27. tit. 2. §. 1. alles in dieser Sache auf richterlicher Willkühr.

3 Talia licet valde speciosa viderentur, nihilominus cum reus obverteret, mera grauamina haec esse de futuro, propter insignem reorum fauorem iis electionem non adimendam esse pronunciauimus, hac formula: Daß was die verfallene Zeit betrift, Beklagter seit den 15. Sept. des 1766sten Jahres die vorgeschossenen Erziehungskosten jährlich an 12. Gülden Klägern zu erstatten, auch mit solcher Abentrichtung so lange, bis er das Kind wirklich zu sich genommen, fort zu fahren, hingegen Klr. bey Verlust seiner fernern Foderung ihm solches verabfolgen zu lassen schuldig; 4 Neque tamen, quae posuimus, eam vim habent, vt liceat patri naturali partum eripere matri et suae domui vindicare, sed hoc solum diximus, ei tunc demum, si alimenta stuprata petat, hoc concedendum esse. Item notabis: cessare nostram regulam si iam per rem iudicatam reo alimenta in

in nummis praestanda adiudicata sint, tunc enim stuprator hac exceptione non amplius auditur.

OBSERVATIO CCCCXVII.

De sententiis medium ferientibus: Schnitter Urtheln, Bauerschieden.

Ait in Oratione pro Roscio, capite quarto, CICERO: *Ad iudicium* 1
hoc modo venimus, vt totam litem aut obtineamus, aut amittamus; at arbitrum hoc modo adimus, vt neque nihil neque tantum, quantum postulauimus, consequamur. Hoc posterius in iudicio finium regundorum saepe euenire solet, fortasse et in aliis quibusdam causis, vbi rem dubiam in partes diuidere aequum videtur. Nonne si arcem oppugnan- 2
tibus imperator praemium posuisset tale, vt qui primus murum adscenderit centum haberet, atque duo vno tempore adscendissent, nonne inquam sententia placeat, per quam, cum vtrumque proposito priuare praemio iniquum sit, vnicuique quinquaginta addicantur? Immo leges habemus quasdam, vt ita dicam, diuisorias, qualis illa de thesauro in fundo alieno forte fortuna inuento, quam, vt ex SPARTIANO *in Hadr. cap. 18.* intelligitur, Hadrianus imperator primus excogitauit. Nam cum thesaurum in alieno repertum sibi totum arrogaret inuentor iure occupationis, contra vero dominus fundi eum sibi assereret iure accessionis, Hadrianus medium feriens dimidium vtrique adiudicauit. Aequum hoc, sed parum subtile, vt meliora sensisse mihi videatur Indorum quidam rex, nomine Phraotes, qui, vt PHILOSTRATVS, *lib. 2. cap. 39.* refert, proposita simili quaestione, cum de thesauro in agro vendito inter emtorem et venditorem contentio esset, haec protulit: *Ineptus sim*, ait, *si, quoniam vtriusque postulatio probabilis videtur, partiri inter se ambos aurum iusserim. Id enim vel anicula quaeuis iudicauerit.* Anilem hanc decisionem rex barbarus pronunciat, qualem vel 3
consulta de ea re vetula vel rusticus quisque facile ferre possit, vnde etiam BESOLDVS in Thesauro Practico huiusmodi diuisorias sententias ignominioso vocabulo Bauernschiede appellauit. Mihi autem potissi-

 mum

mum MODESTINVS in *L. 1. ff. de re iud. et effect. sent.* huiusmodi iudicium rem litigiosam diuidens improbare videtur, quando sententias aut absoluere debere aut condemnare, innuit, vt monstrosa videatur, per quam vterque litigantium ita succumbit, vt vincit. Vnde a sententiis medium ferientibus, quae rem litigiosam aequis partibus inter reum et petitorem diuidunt, sibi cauent dicasteria, sique probationes vtrinque pares aut aliae rationes rem plane dubiam effecerint, reum
5 potius absoluunt. Ecce exemplum: Daß in voriger Instanz übel verabschiedet und wohl appelliret, derowegen der spiltende Aker zwischen Appellanten und Appellaten nicht zu theilen, sondern würde Appellant vermittelst Eydes erhalten und daß — noch zur Erfüllung schwören, so hat er dasjenige so ihm zu erweisen auferleget, und er sich angemaset, zur Nothdurft erwiesen, derowegen ꝛc.

6 Nec me mouet, tres olim in iudiciis tabellas A. C. NL. datas fuisse, cum illud veterum NON LIQVET etiam absolutionem, in se continuisse videatur, vt loca probant in GESNERI Thesauro s. v. Liquet et BRISSONII Formulis laudata. Est enim huic sententiae NON LIQVET nostra plane similis, qua interdum vtimur: Daß noch zur Zeit und in Ermangelung hinlänglichen Verdachts wider den Angeschuldigten weiter nichts vorzunehmen.

OBSER-

OBSERVATIO CCCCXVIII.

Si caput rei et quod potissimum ad condemnationem sufficit delinquens fateatur, facile creditur, nec commisisse, quae negat.

Magnum vtique fauorem merentur, qui in pleno confessionis et poenitentiae statu interdum ipsam etiam mortem exoptant, vt vix humanitas permittere videatur, sinceritati reorum, id quod principale est, ingenue affirmantium, in rebus minus principalibus subdiffidere velle. Nam vt tribunal nocentium scopulus, ita etiam ingenuitatis portus esse nec ad barbariem debet crudelitatemque deflectere. 1 Igitur delictum primarium confitenti credo caetera deinde omnia, etiam ea quae ad mitigationem vergunt, si suspicio fraudis et doli mali in eo absit, quod sensui iudicis vnice committendum. Quid enim si adulte- 2 rium quis fateatur, neget autem seminis immissionem, putasne, seruum rusticum, iuris subtilis tam profunde doctum adeoque callidum, vt sciat quid intersit: immissum semen fuerit nec ne? Credo potius, pro simplicitate sua hanc retentionem seminis, quia Onanias propter eam e terris sublatus dicitur, quod in adulterio et caede Deus non fecit, (*vide supra Obs. CCCVIII.*) grauius crimen putare, quam centum adulteria. Nec tamen rara exempla, quae posteri ridebunt, ingenue fatentem corporum commixtionem sub carnificis laqueo et forcipibus de seminis immissione interrogari. Iam lege quae iudici Ranisiensi respondit Mense Decembr. 1767. Facultas Iuridica Lipsiensis:

Hat ernante Marischin, als sie dem Scharfrichter auf gewisse Maase 3 untergeben worden, in Güthe gestanden und bekant: daß sie ihr Kind, in der Absicht solches zu ertödten, zweymal an das Betbret mit dem Kopfe gedrückt; Ob nun wohl dieselbe dabey annoch beharret, daß ihr Kind ehe sie es an das Betbret gedrukt, schon bey der Geburth von ihr auf die Erde geschossen, auch solches Herabfallen auf den Fußboden ohne böse Absicht und nicht aus Vorsaz, sondern von ungefär geschehen sey, lezteres aber, da Inquisitin die begangene Missethat, in dem volkommenen Stande der Reue, frey und offen-

offenherzig bekannt, für eben so wahr als ersteres angenommen werden muß, sintemalen es der Menschlichkeit entgegen und sich selbst widersprechend ausfallen würde, wenn man aus übertriebener Härte nur dasjenige, welches zu ihrer Verdamniß gereichet, glauben: hingegen was etwa zu einiger Entschuldigung ausschlagen könte, für erdichtet halten wolte; weshalber daß nunmehro an eine weitere Peinlichkeit nicht zu denken, satsam erhellet, bey welcher der Sache Beschaffenheit das unvermuthete Herabschießen des Kindes auf den Fußboden für eben so wahr, als das nachher erfolgte vorsezliche Drüken an das Betbret, gehalten werden muß, da denn von welcher Verlezung eigentlich der Tod des Kindes erfolget? die sehr bedenkliche Frage entstehet ꝛc.

4 Et iterum mense Decembri 1767. Iustitiario Goseccensi in crimine furti: Ueberhaupt mehr Vermuthung vorhanden, daß der Bestohlne sich in der Summe geirret, als daß Inquisit (da er der Rechte unerfahren, also schwerlich zu glauben, daß er gewust, wie viel auf die abgeleugnete Kleinigkeit bey Entscheidung der Sache ankommen dürfte) arglistiger Weise durch Verneinung einiger, nach seinen Begriffen, geringer und unerheblicher Umstände, sich einen Vortheil zu verschaffen gesucht haben solte, also, da er übrigens die That an und für sich selbst völlig eingeräumet, und bey einer zu erkennenden Marter auf den Grad natürlicher Wahrscheinlichkeit alles in allen ankomt, eher zu glauben, daß Inquisit, da er das größere zugestehet, auch das geringere der Wahrheit zuwider nicht verhalten haben werde ꝛc.

Et iterum mense Ianuario 1768 Dieweil es wundersam herauskommen würde, wenn man, da Inquisitin ihre Missethat freywillig bekennet, so daß bey ihr aller Argwohn einer argen List gänzlich ermangelt, zwar dieses: daß sie sich mit ihren leiblichen Vater fleischlich vermischet habe, auf ihr bloßes Angeben für wahr annehmen, hingegen in ihre Versicherung: daß sie nicht wisse, ob er den Saamen in ihren Leib laufen lassen, Mißtrauen sezen, also ihr zugleich glauben und auch nicht glauben, und welches noch sonderbarer, nur da, wo es ihr schaden könne, denen Regeln natürlicher Vernunft zuwider und mit Hintansezung aller Empfindung, auf eine Peinlichkeit erkennen wolte. Et iterum praefecto Dresdensi 1770. Obwohl Inquisitin Antwort auf den 75sten Inquisitionalartikel daß der Stoß an des Kindes Kopfe ihm nicht vorsezlich zugefüget worden, sondern sie dieses lediglich aus Versehen und

nicht

nicht gerne gethan, schlechterdings für wahr anzunehmen, sintemalen ein solch sich selbst ungleiches Urtheil bey jezigen Zeiten kaum zu billigen, und nicht allein dem Gefühle der Natur sondern aller vernünftigen Ueberlegung entgegen laufen würde, wenn man Inquisitin nur alsdenn, wo es zu ihrer Verdamniß gereichet, Glauben beymessen und sogar die Todes Strafe darauf gründen, hingegen in solchen Dingen, von welchen sie, als eine einfältige Person, daß sie zu ihrer Entschuldigung gewißermaasen ausschlagen dürften, nicht einmal wissen oder errathen kan, in geringsten nicht trauen wolte, indem gar nicht zu vermuthen, daß sie nicht was diesen an des Kindes Kopfe beschehenen Stoß anlanget, die Wahrheit rede, vielmehr da sie das größere und ihrer Meynung nach, weit wichtigere Umstände: wie sie nehmlich mit zweenen Stichen ihr Söhnlein, in der Absicht daß es sterben solle, verwundet habe, ohne einigen Hinterhalt gestehet, aller Argwohn, daß sie bloß bey jenen Umstande die Unwahrheit reden wollen, hinwegfället, solchemnach wenn auch auf die Verlezung an des Kindes Kopfe etwas sonderlich ankommen solte, dießfals auf eine Peinlichkeit nicht erkant werden möchte rc. Vide supra Obseruationem CCLIX.

OBSERVATIO CCCCXIX.

Membrorum mutilatio militiae detrectandae causa sex septimanarum carcere punitur.

1 Caius Vettienus, vt VALERIVS MAXIMVS *lib. 6. cap. 3. §. 3.* refert, sinistrae manus digitos, ne bello Italico militaret, absciderat. Hunc bonis publicatis Senatus aeternis vinculis extra ordinem puniuit, quod et Augustus Imperator fecit. SVETONIVS *Aug. cap. 24.* Durior adhuc poena in *L. 5. Cod. Theodos. de tironib.* statuta. Sed Theodosianum corpus quia non receptum, vltra sex septimanarum carceris poenam aut quod summum, relegationem in biennium vix proceditur. Ita pronunciauimus addita Clausula: Es bleibet auch der Gemeinde zu Dörnthal, wegen der ihr aus Krellers Thathandlung etwa erwachsenen Schäden, wenn sie solche zu erweisen, sich getrauen, denselben in Anspruch zu nehmen billig nachgelassen. Omnino enim tale ausum poena ca-
2 rere nequit, quoniam membris suis in perniciem reipublicae nemo abuti debet. *L. 13. ff. ad. L. Aquil.* cuius tamen ex Digestis legis verba: *quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*, emblema Triboniani puto, quia VLPIANVS ita non potuit sentire. Videatur nostra superior Obseruatio CXXVII. et VATTEL *Questions de Droit Naturel sur M. Wolf. pag. 13.* Romae virilia impune sibi adimunt homines, vt choro inseruiant Papae. Hoc magis horrendum, quam si quis, non vt pontifici sed vt sibi ipse inseruiat, pollicem sibi adimat. Non frequens crimen militiae detrectandae causa membrorum mutilatio, vnde propemodum sufficere poterat incommoditas, qua ipsos semet tales afflixerunt. Si quidem iam in numeros lectus tale fecerit, nolim tamen ne sic quidem quasi desertionem appellare. Nam desertionis grauior poena ob violatum iusiurandum. Non autem milites se pollice non truncaturos esse, iurant. *Iunge superiorem Obs. CXXVII.*

OBSERVATIO CCCCXX.

Probatio rei ineptae, aut iusiurandum superuacaneum, etiam post rem iudicatam reiicitur.

De sententiis tacite alternatiuis.

Sententia inepta vires rei iudicatae non consequitur. *Obs. CXI.* Id 1 generatim omnibus notum, inprimis autem, quod haec rubrica loquitur, ex professo demonstrarunt LEYSER *Spec. 137. med. 3. et Spec. 470. med. 8.* PUFFENDORF *Tom. 2. Obs. 109.* Talis sententia ne quidem rescissione indiget. *L. 19. ff. de appell.* Inprimis sententia contra rem iudicatam priorem lata nunquam vires rei iudicatae consequitur. *L. 1. C. quando prouoc. non necess.* WERNHER *P. 8. Obs. 23. et P. 9. Obs. 171.* Vide etiam quae nos supra *Obs. CXI.* annotauimus. Sunt 2 tamen quaedam sententiae tacite alternatiuae. Nam si iussus sis documentum recognoscere, latet in ea simul potestas diffitendi, et qui per rem iudicatam instrumentum edere iussus est, nihilominus absoluitur, si iuret: se id non habere. *L. vlt. C. de fid. instrum.* Legenda omnino BERGERI disputatio: *De sententia tacite alternatiua.* Eodem modo licet res iudicata defuncto iuramentum veritatis imposuerit, tamen heres vel successor singularis de credulitate iuraturus admittitur. *O. P. R. ad tit. 18. §. 8.* nec exceptio rei iudicatae ei opponenda. Nam si res in alium statum peruenerit et noua causa emergat, certe mens et ratio disponentium cessat, vt sententiae quoque tacitam clausulam, *rebus sic stantibus* in se continere videantur.

OBSERVATIO CCCCXXI.

Lotteria.

1 Ad hanc emtionem ſpei qui pecuniam colluſori credidit, repetitionem habet, quia non ſolum non prohibitus, verum etiam probatus a principe et priuilegiatus Lotteria ludus eſt.

2 Si in concurſu creditorum curator bonorum ſortem non renouauerit, damna inde non praeſtat creditoribus; nec enim decet ſequeſtrum rem aleae plenam, contra conſuetudinem boni patris familias, ſuſcipere. *L. 11. ff. L. 20. C. de negot. geſt.*

3 Nulli magiſtratui, ſed ſoli principi Lotteriam inſtituere licet. KLOCK *de Aerario lib. 2.*

4 Si collector ſubcollectorue dominum ſortis defraudauerit, hic non ſolum collectorem, verum ipſam quoque Lotteriam ſiue directorem conuenire poteſt, nec Germanicum illud Hand muß Hand wahren, obtinebit. Eſt enim collector Directorii mandatarius vnde Directorium facta ſuorum collectorum et ſubcollectorum praeſtare tenetur, quia ſecundum naturam negotii, multorum hominum opera et auxilio indigentis, tacitam ſubſtituendi poteſtatem collectores accepiſſe videntur. Ita Regimen Hanoueranum, vt ex Actis a Senatu Bremenſi ad nos miſſis cognoui, in cauſa van der Veken contra Caſſau 1748. his verbis decreuit: Dieweil der Directeur für ſeinen Collecteur zu ſtehen ſchuldig, ſo wird ihm hiermit auferleget den Gewinſt der 5000. Thlr. an den Caßau binnen 14. Tagen zu bezahlen. Et anno 1775. Cancellariae comitum Lippenſium Detmoldinae; Dieweil die Worte des Lotterie Plans, daß die Einſezer nach Ziehung einer jeglichen Claſſe ſich an den Samler halten ſollen, den Sinn und die Meynung nicht haben, daß der Director dafür nicht ſtehen wolle, da der eigentliche Verſtand ſothaner Worte ſich gar leicht aus denen nachfolgenden ergiebet, und nichts anders in ſich hält, als daß weil die Einſezere nicht die Loſe vom Director unmittelbar haben, ſie ſich auch bey ſelbigen nicht unmittelbar ſondern bey denen Samlern der Zahlung und Erneuerung halber melden

melden ſollen, vielmehr in ſolchem Plane unter andern enthalten, daß dem Director zu ſeiner Sicherheit an dem Vermögen der Samler eine ſtilſchweigende Pfandgerechtigkeit zuſtehen ſolle, welches vergeblich ſeyn würde, wenn nicht der Director denen Einſezeren wegen ihrer Einlage und des Gewinſtes gerecht werden müſte; Uebrigens wenn jemand ein Los kaufet, er ſich um die Umſtände derer vom Director erwehlten Samler zu kümmern nicht Urſache hat, ſondern Kraft öffentlicher Treue vermuthen muß, daß der Director nicht Leute, bey welchen keine Sicherheit, werde erwehlet haben, und wenn der Director hierinnen unfürſichtig geweſen und einen unſichern Manne die Auszahlung der Gelder anvertrauet, er ſich hierinnen die Schuld ſelbſt beymeſſen muß, folglich actio Inſtitoria wider ihn wohl angeſtellet werden kann, daß aber der Samler bereits vom Director die Gewinſte ausgezahlet erhalten leztern zwar ein Recht giebt den Samler zu verklagen, nicht aber den Director von Anſprüchen der Einſezere befreyet, folglich bey allen Lotterien der Regel nach, und wo der ausgeſtreuete Lotterie Plan nicht ein anderes beſaget, feſtzuſtellen, daß eigentlich der Director nicht aber der Samler des Einſezers Schuldner ſey; So iſt ꝛc.

Si tamen dominus ſchedulam den Looszettel collectori, vt lucrum 5
ſolui curet, tradiderit, is vero a Directore ſchedula praeſentata pecuniam acceperit nec domino reſtituerit, Directorium non tenetur, quia collector iam directorii mandatarius eſſe deſiit, imo potius per transmiſſionem ſchedulae is nunc domini mandatarius factus eſt. Nec enim tunc quippiam Directori imputabimus, vtpote quod cuilibet ſchedulam praeſentanti tuto ſoluit. Collectores et ſubcollectores plus ſunt, quam meri mandatarii, ſed ſortium, quas directori non remittunt veri emtores. Vnde ſi colluſoribus fidem habent de pretio, id faciunt ſuo periculo.

OBSERVATIO CCCCXXII.

Turbatio possessionis etiam in non faciendo et omittendo consistere potest.

1 Possessorium summariissimum etiam in rebus incorporalibus locum inuenire, notum est. *Cap. 2. de restit. spoliat. in 6to.* Si quidem hoc remedium etiam prodest his, qui exercitio iuris priuantur. *Cap. 8. 10. 13. X. de repet. spoliat.* Ex hoc turbationem possessionis etiam in non faciendo consistere posse, consequitur, vt: si casatus quidam mihi quotannis gallinam praestiterit, nouus vero emtor eam deneget, non petitorio tantum, sed, si ita ex re esse videatur, etiam possessorio remedio emtor casae pulsari potest, etiamsi alibi habitet, propterea, quod possessorium actio realis est. Ita mense Iulio 1767. Serenissimo Duci
2 Meclenburgio respondimus: Ob wohl Beklagter von dem Anspruche um deswillen entbunden zu werden verhoffet, weil ihm als einen neuem Besitzer des Guthes Prezier, aus welchen die geklagten 6 Fuder Heu jährlich verlanget werden, nichts angehe, was etwa der vorige Eigenthümer versprochen habe, sintemalen Kläger sothanen Versprechens halber keine Hypothek sich bestätigen lassen.

Dennoch aber und dieweil Kläger, daß die Vorfahren am Guthe
3 Prezier ihm jährlich 6 Fuder Heu geliefert, heygebracht, und Beklagter dadurch, daß er solche nicht weiter leisten wil, jenen beeinträchtiget, sintemalen auch mittelst Unterlassung einer Handlung, so vorher geschehen, eine Turbation erfolget, sodann die Klagen um Besiz nach kanonischen Rechten unter die dinglichen gezehlet werden, *(supra Obs. CIV.)* und bey Dienstbarkeiten nicht nöthig ist, sich eine Hypothek bestätigen zu lassen, sondern auch ohne solche ausdrükliche Pfand-Gerechtigkeit ein jeglicher Besizer des dienstbaren Guthes solche leisten muß: So ist 2c.

Hommel, Carl Ferdinand,

Caroli Ferdinandi Hommelii I.V. Et Philosoph. Doct. ... Rhapsodia
Qvaestionvm In Foro Qvotidie Obvenientivm Neqve Tamen Legibvs Decisarvm

Bd.: 2

Byrvthi 1782

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.pr.q.29(1#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11707712-4
VD18 80321364